

Die Stoffgleichheit beim Betrug

Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

der Juristischen Fakultät

der

Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

KURT MOHRBOTTER

aus Hamburg

2000 Hamburg 19, Stellinger Weg 1

Göttingen, 1966

Die Stoffgleichheit beim Betrug
Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt

von

Kurt Mohrbotter

aus Hamburg

2000 Hamburg 19

Stellingerweg 1

Göttingen, 1965

Berichterstatter : Professor Dr. Roxin

Mitberichterstatter: Professor Dr. Schaffstein

Tag der mündlichen Prüfung : 10. März 1966



I n h a l t s ü b e r s i c h t

§ 1	Die Problemstellung: Die Stoffgleichheit beim Betrug	1
§ 2	Der Rechtsbegriff der Stoffgleichheit	8
§ 3	Die Behandlung der Stoffgleichheit in der Wissenschaft	13
§ 4	Kritische Würdigung: Identitätstheorie und Unmittelbarkeitsprinzip	23
	I. Die Identitätstheorie	23
	II. Das Unmittelbarkeitsprinzip	28
§ 5	Die Theorie der Stoffgleichheit im System der Vermögensdelikte des geltenden Strafrechts ..	33
	I. Der Betrug als Vermögensdelikt	38
	II. Der Betrug als Vermögensverschie- bungsdelikt	42
	1.) Die Theorie der Vermögensverschiebung	42
	2.) Der Betrug als Schädigungsdelikt	48
	3.) Die Leistungsfähigkeit der Theorie von der Vermögensverschiebung	51
	III. Stoffgleichheit und Vermögensbegriff.	57
	1.) Das Vermögen als Summe der konkreten Einzelposten	58
	2.) Das Vermögen als abstrakte Werteinheit	59
	3.) Auswirkungen der Bestimmung des An- griffsobjektes für die Stoffgleich- heit	62
	IV. Ergebnisse	65
	1.) Vermögen als Mehrheit gleichartiger Gegenstände (Summe seiner Teile)	66

2.) Vermögen als abstrakte Werteinheit ..	66
§ 6 Der Betrug des Provisionsvertreters. Ein Beispiel für die betrugsapriorischen Lösungen des Problems der Stoffgleichheit	71
§ 7 Kritische Würdigung: Stoffgleichheit als Einheit des Entstehungstatbestandes ?	80
§ 8 Der Bettel-, Spenden und Subventionser- schleichungsbetrug	85
I. Die Ausgangsposition	85
II. Die Lösung der herrschenden Meinung .	87
III. Die Gegenansicht	88
IV. Der Begriff des Vermögens als Anknüpfungspunkt für die Lösung des Problems	88
V. Ist dieser Vermögensbegriff objektiv oder subjektiv bestimmt ?	94
VI. Einwände gegen die Theorie der Fehl- leitung sozialgebundener Mittel	98
1.) Der Einwand : Die Sozialität des Ver- mögensbegriffes ist nicht meßbar	100
2.) Der Einwand : § 263 StGB schützt nicht die Dispositionsfreiheit	102
VII. Ergebnis	106
§ 9 Das Wesen der Stoffgleichheit	108
I. Stoffgleichheit und Vermögensverfü- gung : Das Problem der Dritt Vorteile.	109
1.) Die mittelbare Schädigung eines fremden Vermögens gegen Entgelt	109

2.) Das Abbüßen einer Freiheitsstrafe für einen anderen gegen Entgelt	112
3.) Lösung der Fälle	113
4.) Leitende Gesichtspunkte für die Lösung	114
II. Der Betrug als kupiertes Erfolgsdelikt und das Problem der Drittvorrechte	117
1.) Voraussetzungen	117
2.) Der Betrug als kupiertes Erfolgs- delikt ?	120
3.) Die Objektivierung der Bereicherungs- absicht	125
4.) Betrug bei Sukzessivempfang der Zuwendung	131
a) Eigene Lösung	131
b) Die Lösung des RG	134
5.) Ergebnis	138
III. Stoffgleichheit und Vermögensschaden : Die Einbeziehung des mittelbaren Ver- mögensschadens in den Betrugstat- bestand	139
1.) Die Ausgangssituation	139
2.) Eigene Lösung	141
3.) Die Gegenargumente	149
a) Das Argument des mangelnden Zusam- menhangs	149
b) Die Theorie der mangelnden Irrtumsrelevanz	150
c) Die Theorie des mangelnden Rechts- widrigkeitszusammenhangs	151
d) Das Argument der bewußten und ge- wollten Selbstschädigung	155
e) Das Argument des mittelbaren Vor- teils bei der Kompensation	156
f) Die Theorie der Lehre von der Unter- brechung des Kausalzusammenhangs ..	158

4.) Der mittelbare Vermögensschaden beim Betrug in der Rechtsprechung.....	160
5.) Der gutgläubige Erwerb einer unterschlagenen Sache von Nichtberechtigten	165
IV. Stoffgleichheit und Drittwirkung der Täuschung und Vermögensverfügung : Die Anwartschaften im System des Betrugstatbestandes	168
1.) Der Ausgangspunkt	168
2.) Die Lösung des Problems	170
3.) Die Mehrzahl von Anwartschaftsberechtigten als Kollektiv	178
4.) Abgrenzungsfragen: Fortfall des Anwartschaftsschutzes durch gesetzliche Regelung oder durch vertragliche Vereinbarung	180
V. Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils	183
1.) Die Problemstellung	183
2.) Der "rechtswidrige" Vermögensvorteil in § 263 StGB	185
a) intrasystematische Betrachtung : Der "rechtswidrige" Vermögensvorteil in den Tatbeständen des besonderen Teils des StGB	185
b) dogmatische Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung	189
3.) Stoffgleichheit und die Idee der Friedenswahrung	193
4.) Die betrugsrelevante Einwilligung als Unrechtsausschließungsgrund	196
§ 10 Zusammenfassung	202
§ 11 Überschauende Betrachtung	207

§ 1. Die Problemstellung : Die Stoffgleichheit beim Betrüge

" Das letzte Wort über die Dogmatik des Betruges ist noch nicht gesprochen ", bemerkt Maurach innerhalb seiner allgemeinen Systematisierung des Betrugstatbestandes (1). Wenn Maurach seine kritische Äußerung auch nur auf das in § 263 StGB geschützte Rechtsgut bezogen wissen will (auf die Frage nämlich, ob der Betrug n u r Vermögensdelikt ist oder ob durch ihn noch weitere Rechte oder Rechtsgüter geschützt werden, ob ferner die Begriffe Vermögen und Vermögensschaden heute schon restlos geklärt sind), so soll sich diese Arbeit mit einer anderen, ebenso wenig abschließend beantworteten Frage beschäftigen. Hauptanliegen dieser Untersuchung ist die Herausarbeitung dessen, was man in der Literatur gemeinhin als Stoff-, Stoffwert- oder Substanzgleichheit bezeichnet. Auch bei diesem Begriff handelt es sich um einen jener neuralgischen Punkte in der Lehre vom strafbaren Betrüge, auf die Maurach (2) zu sprechen kommt. Trotz unterschiedlicher Definitionen ist es bei dem Phänomen der sogenannten Stoffgleichheit auffallend, daß Rechtsprechung und Lehre sich - wenigstens der Sache nach - in scheinbarer Übereinstimmung darüber befinden, was Stoffgleichheit ist und wie man sie als Denkfigur einer verfeinerten Rechtstechnik in ein festes Verhältnis zu den korrelativen Begriffen des Vermögensschadens sowie des Vermögensvorteils zu bringen hat. Die neueren Kommentare und Lehrbücher (3) bejahen und fordern Stoffgleichheit innerhalb des Betrugstatbestandes beim Merkmal der Bereicherungsabsicht. Der BGH (4) bekennt sich ebenfalls zur Stoffgleichheit, ohne ihr Wesen jedoch näher zu kennzeichnen. Angesichts des allgemeinen Konsenses - wenn auch nicht in bezug auf die Definition oder Klassifikation,

(1) Maurach, Lehrbuch BT S. 288

(2) Maurach a.a.O. S.288

(3) vergl. z.B. Schönke-Schröder Anm. VIII 2b zu § 263;
Kohlrausch-Lange Anm. VI 3 zu § 263;
Maurach BT S. 290, 312; Mezger StBu II S. 184

(4) BGHSt 6, 115 ff

so doch im allgemeinen Bekenntnis zur Denkfigur einer Stoffgleichheit - bedarf es einer gewissen Rechtfertigung, wenn hier über Stoffgleichheit gesprochen werden soll.

Die Klärung des Begriffs der Stoffgleichheit und ihrer rechtstechnischen und rechtsdogmatischen Funktion innerhalb des Betrugstatbestandes kann niemals Selbstzweck sein. Im heutigen Vermögensstrafrecht, vor allem im Recht des Betruges, sind die Begriffe "Stoffgleichheit" und "Stoffwertgleichheit" sowie "Substanzgleichheit" geläufige, meist synonym gebrauchte Rechtsbegriffe geworden. Hinter diesen theoretischen Begriffen und ihrer notwendigen Abstraktheit steht jedoch immer die Frage nach dem Warum, d.h. die Frage, ob es sinnvoll und notwendig ist, "Stoffgleichheit" beim Betruge zu fordern. Oder mit anderen Worten: Fordert der Tatbestand des Betruges zwangsläufig und rechtsnotwendig Stoffgleichheit und wenn ja, in welcher Form? Wir befinden uns damit vor der Aufgabe, zu klären, welche Funktion dem Begriff der Stoffgleichheit im Betrugsstatbestand zukommt. Der abstrakt-allgemeine Begriff soll sich hierbei in der Erfahrungswelt des Rechtsstoffes bewähren. Zu diesem Zweck ist es notwendig, in diese Erfahrungswelt des Rechtslebens einzudringen und nachzusehen, welche Erscheinungen sich mit diesem Begriff umgreifen und darstellen lassen. Eine solche Untersuchung oder besser: Suche nach der Funktion der Stoffgleichheit wird auch nicht um die Frage herumkommen, inwiefern die Stoffgleichheit selbst wieder auf Strukturelemente der Vermögensordnung zurückgeht, die ja ihrerseits wieder die Strukturen unseres sozialen und wirtschaftlichen Lebens zu sichern und zugleich auf dieses Leben gestaltend einzuwirken bestimmt ist. (5) Als solche Strukturelemente innerhalb der Ordnung der Vermögensdelikte sind die dem Träger (Subjekt) zugewiesenen Vermögensobjekte anzusehen. Das gemeinsame Merkmal dieser Vermögensobjekte besteht darin, daß sie eine herrschaftliche Beziehung einer Person zu einem außerhalb dieser Person liegenden, werthaften Objekt,

(5) siehe unten Seite 57 ff

dem sogenannten Rechtsgut, zum Ausdruck bringen, das dieser Person (dem Vermögensträger) von Rechts wegen (d.h. unter Billigung der Rechtsordnung) zugewiesen ist und dem Träger das ausschließliche (exklusive) Verfügungsrecht gibt, worunter das *uti, frui und abuti* zu verstehen sind. Innerhalb dieser, durch eine gewisse Individualzuordnung und monopolisierte Verfügungsmacht gekennzeichnete stabile Vermögensordnung muß die Bedeutung und die Funktion einer Stoffgleichheit gesucht werden.

"Die "Stoffgleichheit" spielt in der strafrechtlichen Praxis eine nicht unerhebliche Rolle. Folgende verkürzte und stilisierte Fälle aus der Rechtsprechung sollen das Problem der Stoffgleichheit beispielhaft kennzeichnen und die inhaltliche Dimension der Problematik anschaulich machen :

1. Der Fahrkartenverkäufer V der Bundesbahn täuscht den Reisenden R über die Höhe des von diesem zu entrichtenden Fahrpreises. V legt das zuviel empfangene Geld zunächst in die von ihm geführte Amtskasse, um ihr hernach gemäß seinem Plan einen entsprechenden Geldbetrag zu entnehmen. Hat V, die Absicht, *s i c h* einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen (im Augenblick der Täuschungshandlung)? Liegt Stoffgleichheit zwischen eingetretene Schaden (in der Person des R) und beabsichtigtem Vermögensvorteil (in der Person des V) vor ? (6)
2. Liegt Betrug in den Fällen vor, in denen ein Provisionsvertreter die Kunden (Besteller) seiner Auftragsfirma durch täuschende Angaben zu einer Bestellung veranlaßt, und diese zwecks Provisionierung seiner Firma einreicht ? Ist der Schaden der Besteller "stoffgleich" mit dem vom Vertreter angestrebten Provisionsanspruch ? (7)
3. Der Angeklagte, der einen Textilhandel betrieb, kündigte in der Zeitung den Verkauf von rein wollenen Gabardinehosen, das Paar zu 26.-- DM an und verkaufte zu diesem Preis eine solche Hose unter der mündlichen wiederholten Zusicherung, sie sei aus reiner Wolle gefertigt. Tatsächlich bestand die Hose, wie der Angeklagte auch wußte, aus Zellwolle. Liegt im Verkauf dieser Zellwollhose ein Betrug zum Nachteil des Käufers auch dann vor, wenn die Zellwollhose den merkantilen Wert von 26.-- DM tatsächlich hatte, der Käufer diese Hose aber für seine persönlichen

(6) vergl. BGH NJW, 1961/1172 = BGHSt 13, 315

(7) vergl. OLG Braunschweig NJW 1961, 1273; Neustadt MDR 1960, 944; Köln NJW 1960, 209; Oldenburg NJW 1960, 2205; Karlsruhe NJW 1959, 398; Celle NJW 1959, 399; Hamm NJW 1958, 513; Hamm GA 1959, 352; BGH NJW 1961, 684

Zwecke nicht verwenden konnte ? Liegt in einem solchen Fall "Stoffgleichheit" zwischen Schaden (des Käufers) und Vermögensvorteil (des Verkäufers) vor ? (8)

4. Der Angeklagte betätigte sich als Verkaufsvertreter für Melkmaschinen. Den von ihm aufgesuchten Landwirten spiegelte er vor, er könne ihnen als "internationaler Propagandist" und im Rahmen einer Sonderaktion zu Werbezwecken die von ihnen benötigte Anlage einer Melkmaschine weit unter dem normalen Preis als Musteranlage verschaffen. Tatsächlich war der von ihm geforderte und vereinbarte Preis der gewöhnliche Listenpreis für die betreffende Melkmaschine. (9) Liegt in diesem Fall ein Vermögensschaden und damit ein Betrug auch dann vor, wenn der Erwerber der Melkmaschine

- a) durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen (z.B. ungünstige Kreditaufnahmen) genötigt wird oder
- b) infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene wirtschaftliche oder soziale Lebensführung unerlässlich sind ?

Ist im Falle

- a) der eingetretene Schaden des Landwirts (bestehend etwa in der ungünstigen Kreditaufnahme, in einer unvorteilhaften Veräußerung eines Wertpapiers oder Sachwertes oder in der Unterlassung des Abschlusses eines anderen, weit vorteilhafteren Geschäftes) mit dem Vermögensvorteil des Angeklagten (Verkaufsgewinn) "stoffgleich" ?

Liegt die gleiche "Stoffgleichheit" auch im Falle
b) vor ?

5. A gibt dem bettelnden B ein Geschenk. In Wirklichkeit ist B reich. Bettelbetrug ? Wenn der Schaden des A in der Nichterreichung des von ihm angestrebten sozialen Zweckes liegt, ist dann dieser Schaden des A mit dem Vorteil des B (Geldgeschenk) "stoffgleich" ?
6. Die gleiche Problematik stellt sich in den Fällen der Festlegung öffentlicher Mittel für bestimmte Zwecke : Die Angeklagte benötigte einen größeren Geldbetrag, um die Anzahlung auf den Kaufpreis für ein Altersheim leisten zu können. Zu diesem Zweck beantragte sie bei der Volksbank in B. einen zinsverbilligten Instandsetzungs-Teilzahlungskredit. Sie wußte, daß solche Kredite aus Mitteln des ERP-Sondervermögens vergeben wurden und nach den bestehenden Richtlinien nur zur Bezahlung von Instandsetzungsarbeiten gewährt und verwendet werden durften.

(8) Zellwollhosen-Fall BGHSt 16, 220
Vergl. auch den ähnlich liegenden Fall des Verkaufs eines gebrauchten Autos, BGH BB 1962, 198

(9) Melkmaschinen-Fall BGHSt 16, 321 ff.

Um die Bank zu täuschen, stellte die Angeklagte eine fingierte Handwerkerrechnung über 10.000.-- DM her, und reichte sie der Bank ein, die im Vertrauen auf die Richtigkeit der gemachten Angaben den beantragten Kredit von 10.000.-- DM an die Angeklagte auszahlte. (10)
Wenn der Schaden der Bank in der sinn- und zwecklosen Fehlleitung öffentlicher Mittel liegt, der Vorteil der Angeklagten aber in der einfachen Erlangung dieser Mittel, liegt dann zwischen diesem Vorteil und jenem Schaden "Stoffgleichheit" vor ?

7. Der Angeklagte hatte als Zeitschriftenwerber den von ihm zuwerbenden Personen vorgetäuscht, der Erlös aus ihrer Zeitschriftenbestellung käme dem örtlichen Krankenhaus zugute und diene auch für die Ausbildung junger Medizinalpraktikanten an diesem Krankenhaus. (11)
Betrug bei Schädigung ideeller Werte, d.h. wenn das geldwerte Vermögen des Geschädigten vor und nach der Schädigung das gleiche ist, wenn jedoch ein im Zusammenhang mit dem geldwerten Vermögen stehender ideeller Wert verletzt worden ist ? Liegt "Stoffgleichheit" vor ?
8. Der Angeklagte stellte bei verschiedenen Banken Kaufanträge auf Aktien des Volkswagenwerkes unter dem unwahren Vorbringen, daß er sonst keine Kaufanträge gestellt habe. Hierdurch erreichte er, daß ihm mehr Aktien zugeteilt wurden, als ihm nach den Bestimmungen des Gesetzes über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk-GmbH in private Hand vom 21. 7. 1960 (BGBl I.S. 585) und dem Zeichnungsergebnis zustanden. Liegt hierin ein eigennütziger Betrug zum Nachteil des Bundesvermögens oder auch des Vermögens solcher Zeichner von Aktien, die ohne die Täuschung des Angeklagten eine weitere Aktie zugeteilt erhalten hätten ? "Stoffgleichheit" zwischen dem Vorteil des Angeklagten (Erwerb der Aktien) und dem jeweiligen Nachteil des Bundes bzw. übrigen Anwärter ? (12)
9. Liegt Betrug dann vor, wenn ein Lieferant Waren zu Vorzugspreisen nur für bestimmte Verwendungszwecke liefern will ?
Der Warenhausinhaber überläßt seinen Angestellten bestimmte Waren für den Eigenbedarf billiger. (13)
Ein Angestellter kauft verbilligte Waren, um damit andere Zwecke zu verfolgen (z.B. Weiterveräußerung an Dritte) als Eigenbedarf. Wenn der Schaden des Warenhausbesitzers in der Fehlleitung (Zweckvereitelung) von Mitteln liegt, ist dann dieser Schaden mit dem Vorteil des Täters (Erhalt der verbilligten Waren) "stoffgleich" ?

(10) KG JR 1962, 26. Ähnlich auch OLG Hamm GA 1962, 219 ;
Erschleichung von Mitteln für den sozialen Wohnungsbau.

(11) AG Mannheim MDR 1960, 945

(12) vergl. BGHSt 19, 37 ff einerseits sowie OLG Hamburg JR 1962, 430 andererseits

(13) BGHSt 2, 325; OLG Celle GA 1955, 155; OLG Hamm JMB1NRW 1957, 82

10. Der Angeklagte ist aufgrund unrichtiger Angaben über seine Vorbildung und sein Vorleben in einer Firma eingestellt worden. Seine Leistungen waren völlig zufriedenstellend gewesen. Liegt in der Erschleichung der Arbeitsstelle ein Anstellungsbetrug vor ? Ist der mögliche Schaden des Arbeitgebers (Vermögensgefährdung durch den Arbeitnehmer, der infolge erheblicher Vorstrafen "eine starke Anfälligkeit für Vermögensstraftaten" besitzt) mit dem Vorteil des Angeklagten (in Gestalt des Gehaltes oder der Dienstbezüge) "stoffgleich" ? (14)
11. A hat dem B eine bewegliche Sache in Verwahrung gegeben. B veräußert diese unbefugt an den gutgläubigen C. Betrug zum Nachteil des Erwerbers trotz Eigentumserwerbs gemäß den Vorschriften der §§ 929, 932 BGB ? Ist der mögliche Schaden des Erwerbers (nach der sog. Makeltheorie das sittlich "bemakelte" Eigentum; möglicherweise auch die Gefahr, in einem Vindikationsprozeß des Alteigentümers zu unterliegen) mit dem Vorteil des Täters (Geschäftserlös) "stoffgleich" ? (15)

Die Fälle zeigen, daß die Problematik der "Stoffgleichheit" keineswegs so selten innerhalb des Betrugstatbestandes in Erscheinung tritt, wie es auf den ersten Blick aussehen mag. In vielen Fällen hängt die Bestrafung des Täters davon ab, was man im Einzelfall unter "Stoffgleichheit" verstehen will. Begreift man z.B. die Stoffgleichheit als eine Identität von Vermögensvorteil und Vermögensnachteil, so wird man in den Fällen 1 bis 11 kaum bestrafen können, da eine solche Identität der Objekte von Vor- und Nachteil nicht vorhanden ist. Der Schaden des Opfers ist in den meisten Beispielen vom Vorteil des Täters qualitativ und quantitativ verschieden. Beispielsweise hat sich der Täter im Fall Nr. 11 wohl um den Erlös aus dem Verkauf der unterschlagenen Sache bereichert, (der Gewinn ist also sein Vorteil), nicht aber um den Schaden des Erwerbers der unterschlagenen Sache: nämlich um das "bemakelte" Eigentum oder um die Gefahr, in einem Vindikationsprozeß des Alteigentümers zu unterliegen.

(14) BGHSt 17, 254 ff

(15) BGHSt 15, 83

Um der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit willen muß versucht werden, dem Rechtsbegriff der Stoffgleichheit ein einheitliches inhaltliches Gepräge zu geben. Denn es geht nicht an, je nach der persönlichen Meinung des Rechtsanwenders die Fälle von Mal zu Mal anders zu entscheiden (16), denselben Sachverhalt einmal als Betrug anzusehen (17), das andere Mal den Täter freizusprechen (18). Diese Rechtsunsicherheit wird solange nicht behoben werden können, als es nicht gelingt, für die dogmatische Klärung der Stoffgleichheit und ihrer Funktion innerhalb des Betrugstatbestandes exakte Kriterien herauszuarbeiten. Dazu soll hier ein Beitrag geliefert werden.

-
- (16) vergl. etwa Nr. 8
- (17) vergl. im Fall Nr. 11 BGHSt 15, 83: Betrug im Fall Nr. 8 BGHSt 19, 37 ff : Betrug zum Nachteil des Bundesvermögens.
- (18) vergl. im Fall Nr. 11 OLG Hamburg JZ 1952, 494 : kein Betrug zum Nachteil des Erwerbers wegen mangelnder Stoffgleichheit. Im Fall Nr. 8 OLG Hamburg JR 1962, 430 : kein Betrug zum Nachteil des Bundes, da es an der Stoffgleichheit fehle !

§ 2 Der Rechtsbegriff der Stoffgleichheit.

Die Stoffgleichheit ist kein Begriff der Gesetzessprache. Das positive Strafrecht hat ihn nicht verwendet. Der Begriff ist vielmehr von der Rechtslehre entwickelt worden, und zwar schon im vergangenen Jahrhundert von Binding und Adolf Merkel. Die Rechtsprechung und die Lehre haben ihn übernommen und halten - jedenfalls formell - bis heute an ihm fest. Aber für die Stoffgleichheit gilt dasselbe wie für die meisten außerpositiven Rechtsbegriffe : Rechtslehre und Rechtsprechung haben keine dem **I n h a l t** des Begriffs gemäße allgemeingültige und allgemein anerkannte Definition zu entwickeln vermocht, woraus sich die Schwierigkeit der theoretischen Abgrenzung dieses Begriffs ergeben mag. Ehe wir jedoch den Inhalt des Begriffs der Stoffgleichheit näher zu bestimmen suchen, muß untersucht werden, welche Folgen es hat, diesen Begriff in enger Verknüpfung und Abhängigkeit von den Begriffen des Vermögensschadens und des Vermögensvorteils zu sehen. Wenn dem Tatbestand des Betruges der Begriff der Stoffgleichheit eingeordnet werden soll, so ist klar, daß es sich hierbei nicht um einen **n e b e n** den Begriffen "Vermögensvorteil" und "Vermögensnachteil" stehenden materiellen Begriff des Strafrechts handeln kann, sondern nur um einen formellen oder besser funktionellen Begriff als verbindendes Glied **z w i s c h e n** den im Tatbestand selbst erwähnten Begriffen, (19). Der Stoffgleichheit kommt also keine selbständige materielle Bedeutung zu: sie ist kein Korrelat etwa zu den Begriffen Vermögen oder Eigentum. Dem Denkgegenstand der Stoffgleichheit haftet nichts Reales an, er ist nicht Realität, wirtschaftlich meßbare Größe, Substanz, sondern Funktion anderer realer Gegebenheiten (nämlich Vermögensschaden und Vermögensvorteil).

(19) A.A. offenbar Noll, ZStW Bd 76 (1964) S. 708

Dadurch aber ist die Stoffgleichheit kein Größenbegriff, sondern ein Leistungsbegriff, denn der Begriff "Funktion" bedeutet sowohl Abhängigkeitsverhältnis zweier variabler Größen als auch Leistung (z.B. eines Organs). Stoffgleichheit als "funktionaler" Begriff bedeutet also ihrem Wesen nach : Das irgendwie geartete Abhängigkeitsverhältnis der beiden Größen Vermögensschaden und Vermögensvorteil voneinander, in dem unabhängig von einem etwa bestehenden Kausalverhältnis die Veränderung eines der beiden Faktoren die Veränderung des anderen Faktoren zur notwendigen Folge hat - wobei allerdings hinzugefügt werden muß, daß der eine Faktor, nämlich der Vermögensvorteil, nur gedacht zu werden braucht. So wird denn auch die Stoffgleichheit gemeinhin definiert als die "Wechselbeziehung" von Vermögensschaden und angestrebtem Vorteil: Das eine müsse gleichsam die "Kehrseite" des anderen sein (20). Was der eine Partner beim Betrüge also an Schaden erlitten hat, muß der andere als Vorteil erhalten. Diese Verknüpfung von eingetretenem Vermögensschaden und erstrebtem Vermögensvorteil ist demnach Stoffgleichheit. Man kann auch sagen : Stoffgleichheit ist das entweder kausale oder finale, funktionale oder genetische oder sonstige geartete Verhältnis der beiden wirtschaftlichen Größen Vermögensschaden und Vermögensvorteil zueinander.

Man sieht : Der als Leistungsbegriff verstandene Stoffgleichheitsbegriff ist noch ohne eigenen materiellen Inhalt. Seine rechtsdogmatische Brauchbarkeit hängt davon ab, ob sich aufgrund des Tatbestandes des § 263 StGB ein Rechtssatz finden läßt, der es gestattet, ein allgemeingültiges Abhängigkeitsverhältnis der oben genannten Größen von ihm abzuleiten. Man hat versucht, die Frage mit formalen Kriterien zu beantworten, indem man den Betrug hinstellt als ein Vermögensverschiebungsdelikt und daraus ableitet, aufgrund des eingetretenen Vermögenstransportes könne die Stoffgleichheit nur Identität der Objekte von Vermögensvorteil und Vermögensnachteil bedeuten (21).

(20) vergl. etwa BGHSt 6, 115 ff

(21) so etwa Peltzer, NJW 1960, S. 1562;

Hardwig, GA 1956, S. 6 ff;

Dahm, bei Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht
Bd. II, S. 463

Ob dieses Kriterium jedoch geeignet ist, die hier gestellte Aufgabe hinreichend zu lösen, erscheint deshalb zweifelhaft, weil es über den Rechtscharakter der beiden variablen Größen Vermögensschaden und Vermögensvorteil nichts aussagt. Es wird vielmehr vorausgesetzt, daß es sich bei ihnen um konstante, ein für allemal feststehende und festzustellende Größe handelt, die lediglich durch die Manipulation des Täters örtlich verschoben werden. Übersehen wird dabei vollkommen, daß die beiden Größen ja ihrerseits wiederum Ableitungen eines Oberbegriffes sind, nämlich dem des Vermögens. Die Stoffgleichheit kann demnach nur im engsten Zusammenhang mit dem Vermögensbegriff gesehen und verstanden werden: Vom jeweils gewählten Vermögensbegriff hängt auch die funktionelle Beziehung der Derivate des Vermögensbegriffes ab.

Die Stoffgleichheit ist demnach eine wirtschaftliche Bezugsgröße. Es handelt sich hierbei offenbar um eine funktionale Beziehung zwischen dem jeweiligen Schadensbegriff und dem Ideengehalt der Stoff- oder Substanzgleichheit: Definiert man den Schaden so, muß man die Relation Schaden - Vorteil entsprechend fassen. Diese funktionelle Abhängigkeit der Stoffgleichheit vom Vermögensbegriff ist deswegen nicht verwunderlich, weil die Stoffgleichheit ja - unabhängig von jeder Einzelinterpretation - das **V e r h ä l t n i s** der Größen Schaden und Vorteil zueinander bezeichnet. Dieses Verhältnis muß letztlich von den in ein bestimmtes Verhältnis zu setzenden Größen

s e l b s t abhängig sein, und nicht umgekehrt können die Funktionsgrößen (ihre Quantität und ihre Qualität) vom Verhältnis abhängig gemacht werden, in welchem sie aufeinander bezogen sind.

Ein Beispiel soll dies verdeutlichen. Sollen innerhalb des gewählten Vermögensbegriffes die persönlichen Verhältnisse bei der Berechnung des Vermögens mit berücksichtigt werden, so wird zugleich die Frage der Vermögensbeschädigung nach der Individualität des konkreten Falles und nach den individuellen Vermögensverhältnissen der beteiligten Personen gesehen und gelöst. Unter Zugrundelegung eines solchen "individuell-objektiven" Schadensbegriffes ist es möglich, daß der Schaden in bezug auf ein und dasselbe Opfer auf seiten des Getäuschten unter Berücksichtigung höchstpersönlicher Momente anders bewertet werden kann als ein entsprechender Vorteil auf seiten des Täuschenden. So gesehen, ist es nicht angängig, von einer Identität von Vorteil und Nachteil zu sprechen, denn eine solche Identität kann es bei Anwendung des individuell-objektiven Schadensbegriffes nicht geben. Die individuellen Bedürfnisse und Situationen der am Betrüge beteiligten Personen sind eben so individuell, daß ein Vergleich durch Inbezugsetzen ausscheidet.

Der Begriff der Stoffgleichheit sollte hier noch nicht geklärt werden. Wichtig war uns nur festzustellen, daß dieser Begriff kein materiell selbständiger ist, sondern ein f u n k t i o n e l l selbständiger, jedoch materiell vom gewählten Vermögensbegriff abhängiger Begriff. Von dieser Erkenntnis hängt auch die Methode der Untersuchung ab. Der "Zentralbegriff" des Betrugstatbestandes ist nicht die Stoffgleichheit - ebensowenig wie Vermögensschaden oder Vermögensvorteil -, sondern das V e r m ö g e n . Sämtliche Stufen der Abhängigkeit von Vermögensschaden und Vermögensvorteil (Stoffgleichheit) leiten sich von ihm ab. Allgemeine Formeln über die Stoffgleichheit nützen solange nichts, als man nicht Klarheit über diesen Zentralbegriff gewonnen hat. Die "Funktion" hat ihren materiellen Sitz im Vermögensbegriff, alles funktionale Denken und

Definieren hat von ihm auszugehen. So wird man den Begriff der Stoffgleichheit nicht durch apriorisch gefundene (gesetzte) Rechtssätze finden, sondern nur anhand sorgfältiger Einzelanalysen, die den rechtlichen Gehalt und das materielle Gewicht bestimmter Rechtsinstitute wie Vermögensschaden und Vermögensvorteil deutlich machen.

§ 3 Die Behandlung der Stoffgleichheit in der Wissenschaft.

Die Problematik der Stoffgleichheit beim Betrug ist wissenschaftlich in monografischer Form bisher noch nicht abgehandelt worden. (21 a)

Einzig der Aufsatz von Pröll über "Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim strafbaren Betrüge" in der Festschrift für Josef Kohler (22) schenkt der sog. Stoffgleichheit einige Aufmerksamkeit. Da diese Abhandlung Prölls mehr eine kompilatorische Zusammenstellung des derzeitigen Meinungsstandes zu diesem Thema ist und sich einer eigenen Stellungnahme enthält, soll sie hier nicht eigens erörtert werden. Von denjenigen Schriftstellern, welche die Stoffgleichheit in irgendeiner Form bejahen, werden uns sehr unterschiedliche Formulierungen angeboten, durch die das Verhältnis von Vor- und Nachteil beim Betrug dargestellt werden soll. Auf den ersten Blick mag es so aussehen, als ob die Vielzahl und die Mannigfaltigkeit der Lösungsmöglichkeiten die Herausarbeitung eines einheitlichen Gedankens und einer einheitlichen Richtlinie unmöglich machen müßten. Dennoch scheint es so, daß sich die meisten der hier darzustellenden Formulierungen und Interpretationen gleichen oder sich doch zumindest auf einen einheitlichen inhaltlichen Grundgedanken zurückführen lassen. Mag auch die Terminologie verschieden sein, so ist doch der durch sie ausgedrückte Gedanken- und Begriffsinhalt der gleiche.

Grundgedanke der Befürworter einer Stoffgleichheit zwischen Vermögensvorteil und Vermögensschaden ist der, daß nicht j e d e Bereicherung, die kausal durch die Schädigung des Opfers herbeigeführt werden soll oder bereits eingetreten ist, für die tatbestandliche Erfüllung des Betruges ausreichen soll. Das Problem dabei liegt darin, aus der Fülle der möglichen, die Handlungsweise des Täters motivierenden Bereicherungen diejenigen

(21a) Naucke (Lehre vom Betrug) S. 248
kommt über die Feststellung nicht hinaus, daß die
Verpflichtung bestehe, die Stoffgleichheit sehr ernst
zu nehmen.

(22) GA Bd. 67 (1919), S. 109 - 132

auszuwählen, die für den Täter nicht bloß motivbildend, sondern zugleich oder daneben auch Unrechtsbestandteil des Betruges sind. Betrachten wir uns zunächst die Formulierungen, die sich wohl überschneiden, aber nicht scharf voneinander abheben lassen. Im wesentlichen werden folgende Umschreibungen der "Stoffgleichheit" vertreten :

1. Die Identitätstheorie :

Nicht die Erlangung irgendeines Vorteils ist Voraussetzung für die Erfüllung des Betrugstatbestandes; hierfür ist vielmehr nur ein solcher Vermögensvorteil erforderlich, der mit dem Vermögensschaden identisch ist (23).

Der Gewinn darf nicht in irgendeiner Kausalbeziehung zum Delikt des Betruges stehen, sondern es muß sich um eine ganz spezifische Kausalität handeln. Adolf Merkel formuliert (24) : " Es muß also ein näherer Zusammenhang zwischen dem Nachteil auf der einen, dem Gewinn auf der anderen Seite bestehen, als er durch den weiten Begriff der Kausalität bezeichnet ist. Und dieser Zusammenhang bestimmt sich dahin, daß die Objekte von Nachteil und Gewinn identisch sein müssen". Nur wo dies der Fall ist, erscheint nach Ansicht der Vertreter der Identitätstheorie der Vermögensvorteil nicht bloß als kausale Nebenfolge der Schädigung, er ist vielmehr selbst Element des Betruges und "bildet mit dem korrespondierenden Nachteil die charakteristischen Seiten einer einheitlichen Verbrechens-individualität" (25).

-
- (23) Adolf Merkel, Krim. Abhandlungen Bd.II, S. 115 - 118;
Frank, Anm. VII 3 zu § 263;
Niethammer, Lehrbuch Bes.Teil, S. 271;
Maurach, Lehrbuch BT S. 290, 312;
Hardwig, GA 1956, S. 12;
Nagler, LK Vorbem. II 1 vor § 249;
Haferkamp, Schweiz, Strafrecht, Bes.Teil erste Hälfte, 1937, S.273;
Eckstein, GS Bd. 78 (1911), S. 151 Anm. 3

Diesen Standpunkt scheint auch Naucke einzunehmen (Lehre vom Betrug S. 215). Nach ihm ist für die Begründung des Schadens nur der Verlust an Geld, Sachen oder Rechten ausreichend; den wirtschaftlichen Vermögensbegriff lehnt Naucke ab. Nur durch diese Einengung des Schadensbegriffes werde der Charakter des Betruges als eines Vermögensverschlebungsdelikt gewahrt, nur so werde die Stoffgleichheit von Schaden und Vorteil offenkundig.

- (24) a.a.O. S. 118
(25) Merkel a.a.O. S. 118

Die Bereicherungsabsicht ist hier nicht gewinnsüchtiges Motiv in der rein kausalen Bedeutung, wonach alles das, was der Täter durch die Schädigung eines anderen für sich oder einen Dritten wirtschaftlich erlangt, allein dieses Umstandes wegen Bestandteil des deliktischen Tatbestandes ist. Diebstahl oder Sachbeschädigung gegen Entlohnung von dritter Seite ist nach dieser Ansicht nicht Betrug; in beiden Fällen wird die Tat um des in Aussicht stehenden Vorteils willen nicht zu den gewinnsüchtigen Vermögensverbrechen gezählt. Zwar steht die Belohnung mit dem eingetretenen Vermögensschaden in einem - weiteren Kausalzusammenhang (im Sinne der Bedingungstheorie), es fehlt aber an der spezifischen Betrugskausalität: Der Lohn entstammt einem dritten Vermögenskreis und nicht dem des "Entreicherten" (=Geschädigten). Der Lohn von dritter Seite steht mithin außerhalb des Verbrechentatbestandes. Als Element des Tatbestandes selbst kann der erstrebte Gewinn nur in den Fällen angesehen werden, in denen er einem Nachteil auf seiten dessen entspricht, von dem er erlangt ist. Mit anderen Worten: Der Vorteil des Täters muß mit dem Nachteil des Opfers qualitativ und quantitativ übereinstimmen, und das tun beide nur dann, wenn die Objekte von Vorteil und Nachteil identisch sind.

Die Identitätstheorie sieht den Betrug gleichsam als Schwesterdelikt des Diebstahls an, bei dem ja ebenfalls Identität des Objektes, welches sich der Täter mit der weggenommenen Sache zueignet, vorliegt.

2. Zwischen Vorteil und Nachteil beim Betrug muß eine sogen. Wechselwirkung bestehen ; der dem Opfer zugefügte Vermögensnachteil muß mit dem angestrebten Vermögensvorteil "korrespondieren", sie müssen einander "entsprechen" (26). Mit dieser Formulierung sollen Dritt Vorteile (z.B. Schädigung gegen Entlohnung) aus dem Betrugstatbestand ausgeschaltet werden. Allerdings ergibt sich diese Konsequenz nicht eindeutig aus dieser Definition der Stoffgleichheit.

(26) Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts S. 478; Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, S. 508; Wachenfeld, Lehrbuch S. 409; Berner, Lehrbuch S. 586; Schwarz, Das Deutsche Strafgesetzbuch, 1914, Anm. 8 e zu § 263; Hegler, VDB Bd. 7, S. 433

Denn ein "Entsprechen" ist zwar auch eine Beziehung zwischen zwei Größen (also "Stoffgleichheit"), eine Wesensgleichheit wird aber dadurch, daß man zwei Größen zueinander in Beziehung setzt, noch nicht geschaffen. Wenn A dem B zuviel Geld abtrügt und den Überschuß an Geld (das zuviel eingenommene) zunächst in die von ihm geführte Kasse des C hineinlegt, um vor der Abrechnung einen **e n t s p r e c h e n d e n**, aber nicht identischen, Geldbetrag wieder der Kasse zu entnehmen, um es sich zuzueignen, so "entsprechen" die beiden Geldsummen in bezug auf den wirtschaftlichen Effekt einander durchaus, ohne jedoch miteinander identisch zu sein. Ja, der "entsprechende", aus der Kasse des C entnommene Geldbetrag entstammt nicht dem Vermögen des ursprünglich geschädigten B, sondern dem des C, leitet sich also aus einem **d r i t t e n** Vermögen her ! Die Formulierungen: "entsprechen", "Wechselwirkung" und "korrespondieren" schalten demnach nicht, wie ihre Urheber glaubten, den Dritt Vorteil aus.

3. Der Vorteil ist die Umkehrung, die Kehrseite des Nachteils (27). Nach Binding (28) wird der Betrug genau wie die übrigen Vermögensdelikte, zu denen er den Raub, den Diebstahl, die Unterschlagung und die Erpressung rechnet, durch die strafbare Vermögensumkehrung gekennzeichnet. Auf der einen Seite heben die Tatbestandsverwirklichungen in diesen Deliktsgruppen den rechtlichen Vermögenszustand auf, um "aus der Substanz dieses rechtswidrigen Schadens auf der anderen Seite einen rechtswidrigen Nutzen zu schaffen" (29). Der rechtswidrige Vermögensvorteil wird vom Bereicherten "durch Verwandlung des rechtswidrigen Schadens in rechtswidrigen Nutzen" (30) erlangt. Daraus folgert Binding, daß im Vorteil des einen dasjenige enthalten sein muß, worum der Entreicherte gekommen ist; er bezeichnet deshalb dies Erfordernis als

-
- (27) Binding, Lehrbuch I 1, S. 340; 364;
Hegler, VDB Bd. VII, S. 433;
Bernert, Lehrbuch S. 586;
Richard Schmidt, Lehrbuch S. 248;
Sauer, System des Strafrechts BT S. 65 ff
(28) Lehrbuch I 1, S. 340
(29) Binding a.a.O. S. 340
(30) Binding a.a.O. S. 364

das der Stoffgleichheit von Schaden und Nutzen, ³⁰⁾ bei welchem "der Vorteil das Gegenteil des abgewandten Nachteils" (31) bildet.

Für Binding ist die Bereicherungsabsicht nicht "unbedeutendes Strafbarkeitsmerkmal des gewinnsüchtigen Motivs" (32), sondern Verbrechensmerkmal, woraus er folgert, daß derjenige, der "für Lohn einen Anderen täuscht und schädigt, nie betrügt" (32). Die Vorteilserlangung von dritter Seite scheidet für ihn (und ebenso für die übrigen Vertreter dieser Interpretationsvariante) aus.

4. Der Vermögensvorteil muß aus dem Vermögen des Geschädigten stammen, er muß sich aus ihm herleiten (33), ohne daß der Vorteil auf der einen und der Nachteil auf der anderen Seite sich "entsprechen" müssen, daß sie namentlich von gleicher Höhe sind (34). Ausgeschlossen wird von dieser Ansicht ebenfalls der sog. Dritt Vorteil.
5. Der Vermögensvorteil muß "auf Kosten" des geschädigten Opfers vom Täter oder einem Dritten erlangt worden sein, (35). Einigkeit besteht unter den Vertretern dieser Formulierung darüber, daß Dritt Vorteile (Belohnungen) nicht unter den Tatbestand des § 263 StGB fallen sollen. Im übrigen differieren die Ansichten über eine Konkretisierung der Formel von der Bereicherung auf Kosten des Opfers. Zum Teil wird hierunter die Theorie von der Wechselwirkung (36), zum anderen die der Kehrseite (37) verstanden. Andere Schriftsteller lassen hierfür den Übergang des einen Vermögens in das eines anderen genügen (38), bei welchem dem erstrebten Vermögensgewinn der auf seiten des Geschädigten angerichtete Vermögensschaden "entsprechen" muß (39).

(31) Binding a.a.O. S. 363

(32) " a.a.O. S. 340

(33) Meyer-Allfeld a.a.O. S. 478;
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1874, S. 471;
Wachenfeld a.a.O. 409; Frank Anm. VII 3 zu § 263;
Sauer a.a.O. S. 65; Kohlrausch-Lange Anm. VI 3 § 263;
Schönke-Schröder Anm. VIII 2b § 263;
Dalcke-Fuhrmann-Schäfer Anm. 1 § 263;
Eckstein GS Bd. 78 (1911), S. 151; Hegler VDB Bd. 7, 433;
Binding, Lehrbuch I 1, S. 340, 364

Nach Sauer (40) bedeutet Stoffgleichheit eine Vermögensverschiebung von Vermögenswerten aus dem Vermögen des Geschädigten in das des Erwerbers. Nach Ansicht Gerlands (41) muß im Vorteil des einen das liegen, um das der andere gekommen ist. "Bei völliger Wesensverschiedenheit beider kann von Betrug keine Rede sein". Für Eser (42) ist allein die Tatsache ausschlaggebend, daß der Vorteil nicht ohne irrtumsbedingte Vermögensverfügung des Getäuschten und den dadurch verursachten Vermögensschaden erreichbar war.

-
- (34) vergl. z.B. Meyer-Allfeld a.a.O. S. 478;
Schütze a.a.O.
- (35) Eser GA 1962, 300;
Binding, Lehrbuch I 1 S. 364;
Richard Schmidt, Lehrbuch S. 248 ;
Berner, Lehrbuch S. 586;
Sauer, System des Strafrechts BT S. 65;
Schwarz, Das deutsche Strafgesetzbuch Anm. 8e § 263;
Gerland, Deutscher Reichsstrafrecht S. 508;
Maurach, Lehrbuch BT S. 290, 312
- (36) so z.B. Berner, Lehrbuch S. 586;
Schwarz, Das deutsche Strafgesetzbuch Anm. 8 e § 263;
Gerland, a.a.O. S. 508;
- (37) Sauer, System des Strafrechts BT 65 ff, 66;
Berner a.a.O. S. 586;
Richard Schmidt a.a.O. 248
- (38) Schwarz a.a.O.
- (39) Maurach BT 290
- (40) Sauer a.a.O. S. 66
Ebenso Schwarz Anm. 8e § 263
- (41) Deutsches Reichsstrafrecht S. 508
- (42) GA 1962, 300

6. Die Vermögensverschiebung muß sich unmittelbar zwischen den am Betrug beteiligten Personen abwickeln, oder m.a.W.: Die Vermögensverschiebung darf nicht den Umweg über ein drittes, betrugsexternes Vermögen machen (Ausschluß des Dritt Vorteils). Ein und derselbe Umstand muß auf der einen Seite den Vorteil und auf der anderen Seite den Nachteil bewirkt haben (43). Man kann dies auch die Einheit des den Gewinn und Verlust begründenden Umstandes nennen (Unmittelbarkeitsprinzip). Die hierbei vorausgesetzte Situation wird dadurch gekennzeichnet, daß der erstrebte Vermögensvorteil durch die Vermögensverfügung des Getäuschten vermittelt werden muß, die zugleich den Vermögensschaden verursacht hat. Es genügt, demnach nicht für die Begründung eines eigennützigen Betruges, daß jemand den Vermögensvorteil erst durch eine weitere selbständige Handlung erlangen will. Bei entsprechendem Vorsatz kann der Vermögensvorteil aber zugunsten eines Dritten erstrebt werden. Fremdnütziger Betrug liegt nach dieser Ansicht immer dann vor, wenn der Täter den Vorteil zunächst einem Dritten verschaffen will, um ihn dann von diesem durch eine weitere deliktische Handlung (wie z.B. einer Unterschlagung) zu erlangen. Eine solche Situation ist beispielsweise dann gegeben, wenn ein Bahnbeamter Fahrkarten zu einem höheren Preis verkauft (44). Gemäß den Grundsätzen der Unmittelbarkeitstheorie scheidet ein eigennütziger Betrug (ein Betrug also zum Vorteil des Bahnbeamten) deswegen aus, weil der Vermögensvorteil des Täters und der Vermögensnachteil Käufers der Fahrkarte nicht durch ein und dieselbe Handlung bewirkt werden: Die Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung wird durch die Unterschlagung des Beamten unterbrochen, oder anders gesagt; Nicht die Vermögensverfügung des getäuschten Käufers, sondern die Unterschlagung des Täters gewährt diesem seinen Nutzen. Die Vertreter der Unmittelbarkeitstheorie

(43) Schönke-Schröder (9. und 11. Auflage) Anm. VIII 2e zu § 263;

Niethammer, Lehrbuch BT S. 271;

Eser GA 1962, 300 ff; ebenso BGHSt 6, 115 ff.

(44) vergl. oben S. 3 Fall Nr. 1

gelangen zur Strafbarkeit des Beamten nur durch die Konstruktion eines fremdnützigen Betruges (nämlich eines solchen zum Vorteil der Bundesbahn). Der Täter will seinen Vorteil nicht unmittelbar vom Getäuschten ableiten, sondern indirekt und mittelbar auf dem Umwege über ein drittes Vermögen (das der Eisenbahn) erlangen.

Soweit die Interpretation der Stoffgleichheit in der Wissenschaft. Sehr häufig werden diese sechs Definitionen einer möglichen Stoffgleichheit miteinander kombiniert. Die geläufigste dieser Verbindungen ist die von Nr. 1 und Nr. 4 bzw. von Nr. 1 und Nr. 5. Aber auch andere Verbindungen wurden vertreten, so namentlich die Kombinationen von Nr. 4 und 6 (Schönke-Schröder), von Nr. 5 und 6 (Eser), von Nr. 3 und 5 (Richard Schmidt), von Nr. 2 und 4 (Wachenfeld, Meyer-Allfeld), von den Nummern 2, 3 und 5 (Berner). Die Tatsache, daß mehrere Definitionen der Stoffgleichheit miteinander verbunden werden, deutet bereits auf eine gewisse Ähnlichkeit, wenn nicht sogar Gleichheit ihrer Inhalte hin. Wir können die sechs Definitionen nämlich auf zwei reduzieren: Auf die Identitätstheorie und auf das Unmittelbarkeitsprinzip. Die Identitätstheorie umfaßt zugleich die Nr. 3, das Unmittelbarkeitsprinzip die Nummern 4 und 5. Denn wenn der Vorteil die Umkehrung und die Kehrseite des Schadens sein soll, so kann er das nur dann sein, wenn Identität der Objekte besteht; von der Kehrseite spricht man nur in bezug auf dasselbe Ding (45). Wenn zwischen Vor- und Nachteil eine "Wechselwirkung" (Nr. 2) bestehen soll, so kann das nur bedeuten, daß zwischen beiden Größen eine funktionale Beziehung besteht. Der Terminus der Wechselbeziehung ist aber viel zu vage und unbestimmt, als daß sich aus ihm konkrete juristische Aussagen über eine Stoffgleichheit herleiten ließen: Sind beispielsweise der Vermögensvorteil und der Vermögensnachteil Formen der Stoffgleichheit, Formen ihrer Ausprägung? Worin besteht das Wesen ihrer Entsprechung? Unterliegt letztere Gesetzen oder erlaubt sie nur be- dingte und veränderliche Beziehungen?

(45) und nicht in bezug auf "das gleiche", wie Eser
GA 1962, 299 annimmt!

Inwieweit ist die Stoffgleichheit mit den Instituten des Vermögens und dementsprechend der Vermögensbeschädigung und des Vermögensvorteils verbunden ? Kurzum, die Theorie der Wechselbeziehung vermag nicht zu erklären, worin eigentlich die Beziehung zwischen Vor- und Nachteil besteht, ob es sich hierbei um eine einfache und konstante Beziehung wie die der Identität oder um eine bewegte, komplexe Beziehung handelt. Mangels Aussagekraft können wir die Theorie der Wechselwirkung bei unseren Erörterungen vernachlässigen.

Wenn die Bereicherung auf Kosten des Geschädigten (Nr. 5) erlangt sein muß, so heißt das zunächst einmal, daß sie ihn etwas kosten muß. Das ist aber stets dann der Fall, wenn die Bereicherung den anderen benachteiligt, in seinen Vermögensverhältnissen einen Nachteil verursacht (bewirkt) oder durch einen Nachteil selbst verursacht wird - insoweit besteht hier eine "Wechselwirkung". Nun wird eine solche Nachteilszufügung - mit eben gekennzeichneter Wechselbeziehung - meist dann vorliegen, wenn der Vorteil des Täters aus dem Nachteil des Opfers folgt oder umgekehrt: wenn der Nachteil des Opfers aus der Bereicherung des Täters folgt. Die Bereicherung wird also in der Regel aus dem Vermögen des anderen hergeleitet. Insofern sagen die Theorien der Ziffern 4 und 5 dasselbe aus. Wenn nun aber der Vorteil aus dem Vermögen des anderen abgeleitet werden muß, so kann sich zwischen diese beiden Vermögen niemals ein externes drittes Vermögen schieben : Die Vermögensverschiebung muß sich unmittelbar zwischen den am Betrug beteiligten Personen vollziehen (46). Denn würde die Vermögensverschiebung den Umweg über ein drittes Vermögen nehmen, dann wäre der Täter nicht mehr auf Kosten, nicht mehr aus dem Vermögen des Opfers bereichert, sondern würde aus eben diesem dritten Vermögen seinen Vorteil ziehen. Der Täter bereichert sich nur dann auf Kosten des anderen, wenn dieselbe Vermögensdisposition des Opfers sowohl den

(46) Eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß sich die Bereicherung "auf Kosten" eines anderen oder "aus" dessen Vermögen mit dem Unmittelbarkeitsprinzip deckt, findet sich in den Fällen des Betruges durch den Provisionsvertreter. Darüber S. 4

Vorteil auf der einen als auch den Schaden auf der anderen Seite verursacht. Man kann dies als die Einheit des den Vermögensvorteil und Vermögensschaden begründenden Umstandes bezeichnen (47).

Wir haben gesehen : Die Theorie von der Stoffgleichheit tritt in der Wissenschaft in der Hauptsache in zwei Erscheinungsformen auf. Hie die Identitätstheorie, hie das Unmittelbarkeitsprinzip, wonach Vorteil und Nachteil in unmittelbarem Zusammenhang stehen müssen, d.h. durch ein und denselben Umstand hervorgerufen werden müssen. Zuwendungsakte Dritter schließen daher - auch wenn es sich um einen "stoffgleichen" Gegenstand handelt, ja sogar wenn es derselbe Gegenstand ist, der dem Vermögen des Geschädigten ursprünglich einmal entzogen wurde -, die Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung aus.

(47) Vergl. die gleiche Problematik für das Zivilrecht bei § 812 BGB und dazu die Entscheidungen des RG : RGZ 66, 80; 73, 177; 154, 375; RG JW 1905, 80 Nr. 19

§ 4 Kritische Würdigung : Identitätstheorie und Unmittelbarkeitsprinzip

Will man sich vergegenwärtigen, worin das Spezifische der Stoffgleichheit besteht, so empfiehlt es sich, zunächst davon auszugehen, daß es im wesentlichen zwei Interpretationen der Stoffgleichheit gibt, die sich wohl unterscheiden, aber nicht scharf voneinander abheben lassen. Die bisherigen Formulierungen der Stoffgleichheit umfaßten demnach die Identitätstheorie sowie die Theorie von der Unmittelbarkeit der Bereicherung im Sinne der Einheit des den Vorteil und Nachteil begründenden Umstandes, die wiederum auf der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung beruht. Beide Theorien lassen sich logisch mühelos aus dem Aufbau des Betrugstatbestandes ableiten und sind daher logisch gleichwertig.

I. Die Identitätstheorie

Stoffgleichheit wurde bei Merkel definiert als die stoffliche Identität der Objekte von Vor- und Nachteil. Der Betrug wird hierbei als ein Schwesterdelikt des Diebstahls angesehen : Um ebendasselbe, um das der Geschädigte entreichert wird, muß der Täter (oder ein Dritter) bereichert werden. Der Vorteil kann sich weder quantitativ noch qualitativ vom Nachteil unterscheiden, so daß zum Beispiel der mittelbare Schaden, der dem Opfer durch weitere, mit der Täuschung unmittelbar nicht zusammenhängende Aufwendungen entstanden ist, aus der Betrachtung vollkommen auszuschneiden hat - um diesen Schaden hat sich der Täter ja nicht bereichert.

In der Identitätstheorie selbst ist jedoch noch eine weitere Theorie von der Stoffgleichheit enthalten. Wenn die Vertreter der Identitätstheorie die listige Schädigung gegen Entlohnung des Täters von dritter Seite aus nicht als Betrug gewertet wissen wollen,

so bringen sie damit zum Ausdruck, daß sich die Wertverschiebung zwischen Opfer und Täter nicht über das Vermögen eines Dritten vollziehen darf; die Wertverschiebung muß vielmehr unmittelbar zwischen den am Betrug beteiligten Personen vollzogen werden, einer Mittelsperson bedarf es hierzu nicht. Im Grunde handelt es sich bei dieser Interpretation nicht mehr um "Stoffgleichheit", sondern um die Unmittelbarkeit des Bereicherungsvorganges : Der Täter (oder der Dritte) muß sich auf Kosten des Opfers bereichern. Ja, die Ablehnung der Drittbereicherung (z.B. in der Form der Belohnung) führt nicht automatisch zur Identitätsformel, so daß sich bei den Vertretern der Identitätstheorie im Grunde zwei Theorien von der Stoffgleichheit finden lassen: Die Theorie der stofflichen und substantiellen Identität sowie die Theorie von der Unmittelbarkeit der Bereicherung (Unmittelbarkeitsprinzip).

Hierfür ein Beispiel :

Wenn A dem B eine bewegliche Sache abtrügt, um sich um sie zu bereichern, dann ist einmal sein (erstrebter) Vorteil mit dem eingetretenen Schaden des B identisch (Identitätstheorie) zum anderen leitet sich sein Vorteil aus dem Vermögen des B unmittelbar, d.h. ohne Vermittlung Dritter, ab (Unmittelbarkeitsprinzip). Man sieht : Beide Theorien haben, streng genommen, nichts miteinander gemein. Der Unterschied beider Konzeptionen läßt sich wie folgt darstellen :

Identität und Unmittelbarkeit schließen einander zwar nicht aus - in den Normalfällen des Betruges fallen sie sogar zusammen -, sie bedingen einander jedoch auch nicht. Denn die stoffliche Identität läßt sich auch bei der Erlangung eines Dritt Vorteils feststellen - der Täter braucht ja nur um dasjenige (stofflich-identische) entlohnt zu werden, um das das Opfer gebracht wurde. Oder: Im Fahrkartenfall (oben S.3 , Nr. 1, entnimmt der Beamte der von ihm geführten Amtskasse - zufällig oder absichtlich - dasselbe Geldstück, welcher er zuvor dem Opfer abgetrogen hatte. Eine Identität der Objekte von Vor- und Nachteil liegt ganz ohne Zweifel vor, es fehlt nur an der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung zwischen dem ursprünglichen Opfer und dem Täter. Die gleiche Situation kennzeichnet

folgender Fall :

A besitzt einen echten Stein, B täuscht ihm dessen Unechtheit vor, um den A zu veranlassen, das Eigentum am Stein aufzugeben. Daraufhin wirft A seinen Stein auch weg und B holt ihn sich später, um ihn - wie vorher geplant - für sich zu behalten.

Hier wird der Formel: der Vermögensvorteil muß unmittelbar aus dem Vermögen des Geschädigten stammen, muß sich aus ihm herleiten, nicht mehr genüge getan. Denn im Augenblick der Aneignung durch B und damit der Vorteilserlangung befindet sich die Sache nicht mehr im Vermögen des Getäuschten (A), der Stein ist durch die Dereliktion vielmehr herrenlos geworden und steht im Augenblick des Bereicherungsvorganges in niemandes Vermögen. Es fehlt daher auch an jedem Vermögenstransport: Der Vorteil des B ist durch einen einseitigen neuen Okkupationsakt erlangt worden, nicht aber durch die Vermögensverfügung des A. Man kann hier zwar davon sprechen, daß A dem B durch die erfolgte Dereliktion des Steines die Chance eingeräumt hat, sich demnächst diese Sache anzueignen. Allein, diese Hoffnung und Aussicht des B auf Erwerb des Steines ist nicht immer, ja in den seltensten Fällen identisch mit einem gegenwärtigen und realen Vermögensvorteil. Dieser wird erst durch einen der Dereliktion nachfolgenden Besitzergreifungsakt begründet. Trotz stofflicher Identität der Objekte von Vor- und Nachteil bedeutet hier "Stoffgleichheit" lediglich Kausalität. Die These : der Vorteil muß dem Vermögen des Geschädigten entstammen, wird lediglich kausal und historisch gesehen. Die weggeworfene Sache befand sich ja tatsächlich einmal im Vermögen des Geschädigten (A), und letztlich ist d u r c h die Dereliktion die Okkupation erst ermöglicht worden. Wenn aber generell die Schadenszufügung nur das Mittel des Täters sein soll, um einen weiteren, selbständig zu erreichenden Zweck anzustreben, so wird der Betrug dann zum bloßen Motivationsdelikt. Da von einer Vermögensverschiebung nicht mehr gesprochen werden kann, muß folglich für die Erreichung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils i.S. des § 263 StGB auch ein von außen kommender, externer Dritt Vorteil ausreichen. Denn dieser Dritt Vorteil gelangt erst aufgrund eines neuen, selbständigen Zuwendungsaktes (seitens des Dritten) in das Vermögen des

Täters, genau wie der der Dereliktion zeitlich nachfolgende Okkupationsakt die Vorteilserlangung erst begründet. In beiden Fällen ist die angestrebte Bereicherung nicht unmittelbare Folge der schadensstiftenden Handlung des Opfers, sondern "nachhaltiger" Zweck des Täters, der nicht automatisch mit der Schadenszufügung eintritt, sondern erst durch einen zweiten Akt des Täters oder eines mit diesem verbundenen Dritten erreicht werden kann. Zwar betreffen im vorerwähnten Stein-Fall der Schädigungsvorsatz und die Bereicherungsabsicht ein und dieselbe Sache, so daß es an einer I d e n t i t ä t der Objekte von Vor- und Nachteil nicht mangelt. Trotz vorliegender Identität fehlt es aber an der Unmittelbarkeit der Bereicherung im Sinne der Einheit des den Gewinn und Verlust begründenden Umstandes. Der Vorteil des einen (B) folgt nicht unmittelbar aus dem Nachteil des anderen (A); der Vorteil des B hat den A nichts "gekostet", da dieser bereits zuvor die Sache aus seinem Gewahrsam und Vermögen entlassen hatte. Bei Anerkennung des Unmittelbarkeitsprinzips scheidet in diesem Fall daher ein Betrug aus. B kann allenfalls, falls die Voraussetzungen hierfür vorliegen, wegen Sachbeschädigung, begangen in mittelbarer Täterschaft (49), bestraft werden. Folgt man dagegen der Identitätslehre, so ist eine Bestrafung aus § 263 StGB vollkommen unproblematisch.

Es ist klar: Eine Identität der Objekte kann demnach vorliegen bei Fehlen einer unmittelbaren Verschiebung der Objekte, während eine unmittelbare Bereicherung trotz mangelnder Identität der Objekte vorliegen kann, wie die Fälle des Bettelbetruges (oben S. 4 Nr. 5) und des Melkmaschinen-Falles (S. 4 Nr. 4) zeigen :

Der Täter bereichert sich nicht um den beim Opfer eintretenden, entweder unmittelbaren oder mittelbaren, Vermögensschaden.

Aber noch etwas anderes zeigt sich bei der Gegenüberstellung beider Theorien. Die Identitätstheorie ist statisch konzipiert. In ihrem Blickfeld stehen die Objekte und ihre stoffliche und substantielle Beschaffenheit, nicht aber der dynamische Vorgang der Bereicherung selbst. Dieser drückt

(49) A irrte über den "konkreten Handlungssinn", so daß B die "Willensherrschaft kraft Irrtums" über ihn besaß, vergl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 212 ff

sich erst im Unmittelbarkeitsprinzip aus. In ihm spielt die stoffliche Beschaffenheit der Objekte keine primäre Rolle mehr, entscheidend ist allein der Vorgang der Wertverschiebung. Das Unmittelbarkeitsprinzip sieht die Objekte von Vor- und Nachteil in ihrer genetischen und dynamischen Beziehung zueinander - also in ihrer Entwicklung. Die Bereicherung hat unmittelbar aus dem Vermögen des Entreicherten zu erfolgen. Hieraus ergeben sich die Konsequenzen für die Ergebnisse, die man bei Anwendung beider Theorien auf konkrete praktische Fallgestaltungen gewinnt. Zum Beispiel : Aus der Identitätsformel leitet sich der zwingende Schluß ab, daß sich Vermögensvorteil und Vermögensnachteil sowohl dem Gegenstand als auch dem Umfang nach vollkommen entsprechen müssen - anderenfalls läge ja keine Identität vor. Hieraus folgt, daß ein nur mittelbarer Schaden in der Person des Opfers kein Vermögensschaden im Sinne der Vorschrift des § 263 StGB sein kann. Und dies unabhängig von der Frage, ob ein solcher mittelbarer Schaden (der ja zweifellos ein Schaden ist, das heißt eine Verminderung der Gesamtgeldwertsumme des Opfers) dem Täter des Betruges zugerechnet werden soll oder nicht ! So lag im Melkmaschinen-Fall des BGH (S. 4 Nr. 4) der Schaden des Getäuschten in den eingegangenen Verpflichtungen zu vermögensschädigenden Maßnahmen, wie z.B. in ungünstigen Kreditaufnahmen u. ä. . Nach den Identitätstheorie kann hier ein Betrug gar nicht vorliegen, da der Vermögensvorteil des Täters nicht mit diesem mittelbaren Schaden des Opfers übereinstimmt, nicht mit ihm identisch ist. Ebenso im Fall der Veräußerung einer unterschlagenen Sache (S. 6 Nr. 11) : Zwischen dem möglichen Schaden des Erwerbers (nämlich entweder das "bemakelte" Eigentum oder die Gefahr, in einem Vindikationsprozeß des Alteigentümers unterliegen zu müssen) und dem Vorteil des Täters (bestehend im Geschäftserlös) besteht keine Identität oder Gleichheit !

Die Frage der Schadenszurechnung, die Frage also, wer letztlich strafrechtlich den Schaden "trägt", d.h. für sein Entstehen zur Verantwortung gezogen werden kann, spielt für die Identitätstheorie gar keine Rolle.

Sie grenzt nicht wertend ab, sondern axiomatisch :

Nach ihr kann aus dem Wesen der Identität heraus der Vorteil niemals das Volumen des Schadens übersteigen und umgekehrt.

II. Das Unmittelbarkeitsprinzip

Stimmt man dagegen dem Erfordernis der Unmittelbarkeit der Leistungsverchiebung beim Betrug zu, dann macht die Behandlung der meisten Fälle, an denen sich die Problematik der Stoffgleichheit entzündet hat, keine Schwierigkeiten mehr. Aufgrund des Unmittelbarkeitsprinzips können wohl Vermögensschaden und Vermögensvorteil dem Gegenstande nach auseinanderfallen (Fälle der mittelbaren Schadenszufügung). Beide Größen können sich ebenso dem Gegenstande nach decken, sie brauchen sich aber nicht dem Umfang nach zu entsprechen (Bettelbetrug u.ä.). Denn auch dann, wenn sich der Schaden qualitativ oder quantitativ vom Vorteil unterscheidet, folgt der Vorteil des Täters aus dem Nachteil des Opfers, d.h. der Vorteil nimmt seinen Weg nicht über ein fremdes Vermögen. Wenn man den Bettel- und Spendenbetrug damit rechtfertigt, daß man die Leistung des Spenders als eine sozial sinn- und zwecklose hinstellt, so läßt sich diese Begründung nur mit dem Unmittelbarkeitsprinzip halten : Der unwürdige Bettler erhält sein Almosen aus dem Vermögen des geschädigten Spenders. Die Unmittelbarkeit im Sinne der Einheitlichkeit des den Gewinn und Verlust begründenden Umstandes ist auch dann gewahrt, wenn der Schaden quantitativ und qualitativ dem Vorteil nicht entspricht.

Hinsichtlich des mittelbaren Schadens gelangt man bei Anwendung des Unmittelbarkeitsprinzips zu dem Ergebnis, daß ein solcher Schaden - sofern er für das Opfer tatsächlich eine reale Vermögenseinbuße bedeutet - als ein Vermögensschaden i.S. des § 263 StGB gelten kann (nicht aber muß). Der Schluß vom "können" auf das "müssen" wäre natürlich verfehlt. Denn ob ein solcher mittelbarer Schaden dem Täter zugerechnet werden kann oder soll, darüber entscheidet niemals die Stoffgleichheit, die ja das

Verhältnis von Vermögensschaden und Vermögensvorteil widerspiegelt. Die Entscheidung über die Schadenszurechnung selbst kann nur aufgrund einer wertenden Tatbestandsanalyse des § 263 StGB erfolgen, die an anderer Stelle zu geschehen hat (50). Wichtig ist hier nur, zu erkennen, daß die beiden Interpretationen der Stoffgleichheit hinsichtlich des mittelbaren Schadens zu ganz verschiedenen Ergebnissen gelangen, und dies v o r jeder normativ-teleologischen Tatbestandswertung.

So gesehen, verliert der Melkmaschinen-Fall (BGHSt 16, 321ff) (51) seine Problematik hinsichtlich der etwa fehlenden Stoffgleichheit, weil aufgrund des Unmittelbarkeitsprinzips der mittelbare Schaden dem Täter zugerechnet werden kann. Der gutgläubige Erwerb einer unterschlagenen Sache gemäß §§ 929, 932 BGB ist dann Betrug zum Nachteil des Erwerbers, wenn diesem ein realer Schaden aus dem Erwerb entsteht (52).

(50) Siehe S. 136 ff

(51) Siehe S. 4 Nr. 4

(52) Daran wird es in den meisten Fällen fehlen, wie Oehler zutreffend herausgearbeitet hat (GA 1956, 161). Es kommt allerdings auf das Handelsobjekt an, ebenso auf den beteiligten Personenkreis und die sonstigen Umstände, unter denen sich Veräußerung und Erwerb der unterschlagenen Sache abgespielt haben. So urteilt z.B. der BGHSt 15, 87 folgendermaßen :
"Unter Umständen kann er (sc. der Erwerber) Schwierigkeiten mit Aufsichtsbehörden oder Organen des Handelsstandes bekommen oder sonst an Ansehen verlieren. Schließlich wird er an einer gewinnbringenden Verwertung der angekauften Sache gehindert sein. Dies kann durchaus eine im Sinne des § 263 StGB beachtliche Vermögensminderung darstellen ...
Handelt es sich z.B. ... um den Erwerb fabrikneuer Ware von einer autorisierten Verkaufsstelle, so mögen der Vorwurf, bösgläubig eine unterschlagene Sache angekauft zu haben, und das darauf gegründete Herausgabeverlangen den Erwerber unberührt lassen und nicht fühlbar beeinträchtigen Ganz anders wird es sein, wenn ein Händler von einem Unbekannten einen gebrauchten Gegenstand erwirbt, den dieser unterschlagen hatte".

Wie die angeführten Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, ist es der Hauptvorteil der Unmittelbarkeitstheorie, durch eine verfeinerte Rechtstechnik den Vorrat an möglichen Lösungen zu erhöhen. Das Unmittelbarkeitsprinzip zeichnet sich gegenüber der Identitätsformel durch eine größere Beweglichkeit und "Reichweite" gegenüber dem Rechtsstoff aus. So wird z.B. im Falle des Ankaufs einer unterschlagenen Sache bei der Feststellung eines Betruges untersucht,

1. um welches Handelsobjekt es dabei geht (Geld, antike Möbel, neuwertige Maschinen u.ä.),
2. welchen sozialen und wirtschaftlichen Bevölkerungskreisen ("Schichten") die am Erwerb der unterschlagenen Sache beteiligten Personen angehören, ob es sich bei ihnen z.B. um Kaufleute, Privatpersonen, Geistliche, Beamte usw. handelt,
3. welche sonstigen schadensbegründeten Umstände bei der Veräußerung und dem Erwerb der unterschlagenen Sache mitgespielt haben (53).

Dieses Verfahren, das von den Begriffen ("Schaden" in der Vorschrift des § 263 StGB) und ihren materiellen Inhalten ausgeht, ist sehr viel fallnäher und wird dem Rechtsstoff weitaus mehr gerecht, als eine nivellierende Identitätstheorie, die aus der Vielfalt der Erscheinungsformen des Vermögensschadens ("mittelbarer" Vermögensschaden) nur immer einen Ausschnitt herausgreift, der gerade in die Theorie hineinpaßt : Durch das Abstellen auf die Identität der Objekte von Vor- und Nachteil wird der Rechtsbegriff ("Schaden") in seinem vollen materiell-rechtlichen Gehalt nicht ausgeschöpft. Auf die Frage, ob der Erwerb einer unterschlagenen Sache ein Vermögensschaden i.S. des § 263 StGB sein kann, erhält man die Antwort : niemals, da der Erwerber ja nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts Eigentum an der Sache erwirbt, sofern

(53) vergl. BGHSt 15, 83 ff

er nur gutgläubig ist. Ein über den formalen Eigentums-
erwerb hinausgehender Schaden, der ja immerhin denkbar ist,
wird wegen mangelnder Stoffgleichheit alias Identität ab-
gelehnt. Die Identitätstheorie schneidet aus der Fülle des
Rechtsstoffes ein Teilmoment (Segment) heraus (nämlich d e
Schaden, der mit dem beabsichtigten oder eingetretenen Vor-
teil identisch ist) und sieht in ihm das Ganze.

Diese Methode erscheint schon deswegen prinzipiell als
ungeeignet, weil man mit dem Begriff der Identität, der
ja den rechtlichen Sinnzusammenhängen und Bedeutungs-
gehalten vorgelagert ist, dieses Umstandes wegen keine
rechtlichen Probleme bewältigen kann : etwa ob im Falle der
Veräußerung einer unterschlagenen Sache beim Erwerber ein
Vermögensschaden und damit auch ein Betrug vorliegt. In
Wahrheit geht es bei dieser Frage - wie übrigens in all den
Sachverhalten mit mittelbarer Schädigung des Opfers - nicht
um die Identität von Schaden und Vorteil, sondern um die
Z u r e c h n u n g eines (mittelbaren) schadenbegründender
Umstandes. Die Frage der Schadenszurechnung hat mit der
- rechtlich vorgegebenen - Identität nichts mehr gemein, sie
steht nicht, wie diese, am Beginn, sondern am Ende jeder
hermeneutischen Untersuchung des Rechtsbegriffes.

Die Richtigkeit des Unmittelbarkeitsprinzips gegenüber der
Identitätstheorie sollte hier noch nicht abschließend
dargelegt werden. Es sollten nur die Konsequenzen dieser
und jener Theorie für die praktische Rechtsfindung auf-
gezeigt werden. Und dabei hat es sich herausgestellt, daß
sich die Identitätsformel dem inhaltlichen Reichtum des
Rechtsstoffes verschließt, aus ihm nur einen - zwar richtigen
aber inhaltlich beschränkten - Teilaspekt herausholt und in
ihm das Ganze sieht, ihn für das Ganze setzt. Die "Blindheit
für den Inhaltsreichtum des Begriffs" (54) bestimmt die
Identitätsformel. Demgegenüber zeichnet sich die Unmittel-
barkeitstheorie durch eine gewisse Elastizität und Flexibi-
lität gegenüber dem Rechtsstoff aus: Die Begriffe und Phänom-
werden erkannt und inhaltlich voll gewertet. Erst n a c h
Wertung des Begriffs (Vermögensschaden, Vermögensvorteil)

(54) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 584

erfolgt seine formale und funktionale Einordnung in den finalen und intentionalen Handlungs- und Bezugszusammenhang, wie er durch die Stoffgleichheit geprägt wird.

Hieraus erhellt ohne weiteres, daß die zweite Formulierung der Stoffgleichheit (das Unmittelbarkeitsprinzip) der historischen Entwicklung des Schadensbegriffes, gewissermaßen seiner dogmengeschichtlichen "Evolution", nicht hinderlich im Wege steht, sondern ganz im Gegenteil den dynamischen Entwicklungsprozeß dieses Begriffes mit einbezieht. Wir haben das am Beispiel des Subventionerschleichungsbetruges bereits gesehen : Das Moment des Sozialen wird notwendig durch die Identitätstheorie aus der Begriffsdeutung des Vermögens ausgeklammert; das Prinzip der Unmittelbarkeit ist dagegen durchaus geeignet, den Aspekt des Sozialen in den Begriff des Vermögens mit einzubegreifen. Wohl gemerkt : Ob das eine oder das andere nun richtig ist oder nicht, wird hierdurch noch nicht entschieden. Es sollten hier nur die Wege aufgezeigt werden, die aufgrund des jeweils gewählten Stoffgleichheitsbegriffes begehbar sind.

(54) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 584

§ 5 Die Theorie der Stoffgleichheit im System der Vermögensdelikte des geltenden Strafrechts

Aufgrund der bisher ersichtlichen vielfältigsten Äußerungen zum Problem der Stoffgleichheit stellt sich naturgemäß die Frage, w a r u m wir für den Betrugstatbestand Stoff- oder Substanzgleichheit fordern sollen.

Diese Frage ist deshalb wichtig, weil ohne das Requisit der Stoffgleichheit anscheinend ebenso brauchbare Lösungen verschiedenartigster Fragegestaltungen erzielt werden können, und die Idee der Gerechtigkeit bei Vernachlässigung einer Stoff- oder Substanzgleichheit keineswegs Schaden nähme. Denn warum soll derjenige eigentlich nicht wegen Betruges bestraft werden, der einem anderen gegen Lohn etwas abtrügt, ohne das Abgetrogene seinem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben ? Es kann sich bei der Frage der Stoffgleichheit also nur um die Auslegung des Betrugstatbestandes handeln; nicht die Gerechtigkeit zwingt uns, eine "Stoffgleichheit" zu fordern, sondern allein der Tatbestand des Delikts kann in der Lage sein, gültige Aussagen über das Vorhandensein und das Wesen einer Stoffgleichheit zu treffen.

So gründet sich auch die Ablehnung, welche die Stoffgleichheit bei einer Vielzahl von Schriftstellern (55) erfahren hat, im wesentlichen auf Argumente der Tatbestandsauslegung. Aus dem Sinn und dem Wortlaut des § 263 StGB ergäben sich keine Anhaltspunkte, wonach ein Auseinanderfallen der Objekte von Vor- und Nachteil unzulässig wäre (56).

(55) Oppenhoff-Delius, 14. Aufl. 1901, Nr. 12 zu § 263; Olshausen Nr. 50 zu § 263; von Schwarze (1871) S. 577: "Der Vorteil kann von der Beschädigung unabhängig sein"; Thomsen BT (1907), S. 409; Rommel, Der Betrug S. 92 ff ; Jehle, Der rechtswidrige Vermögensvorteil usw. (1905), S. 29 ff; Überhaupt unerwähnt lassen die Stoffgleichheit etwa von Liszt-Schmidt S. 671; von Hippel, Lehrbuch des Strafrechts 1932, S. 261, Rubo, Kommentare, 1879; Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch, 1892

(56) vergl. Rommel, Betrug S. 93

Der Betrug sei ein Bereicherungsdelikt, kein dem Diebstahl verwandtes Zueignungsverbrechen (57). Aus dieser Tatsache folge, daß der Täter des Betruges einen Vermögensvorteil überhaupt nur anzustreben brauche, ganz gleich, woraus er sich ableite (58). Einer "Wechselwirkung" zwischen Vermögensschädigung und Vorteilserlangung bedürfe es nicht, eine bloße Kausalverbindung zwischen ihnen reiche vielmehr aus (55, 59).

(57) Jehle, Der rechtswidrige Vermögensvorteil usw. S. 29

(58) Thomsen BT S. 409

(59) Diese Auffassung muß naturgemäß den Schwerpunkt des materiellen Unrechtsgehaltes des Betruges in der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes sehen. So sagt Rommel (a.a.O. S. 93) etwa:
"Ein rechtswidriger Vermögensvorteil kann ... auch in der Belohnung gefunden werden, welche dem Täter für den Fall, daß er durch Irrtumserregung die beschädigende Handlung des in Irrtum Versetzten herbeiführen würde, in Aussicht gestellt worden ist, mit Rücksicht darauf, daß das Zusammentreffen des gesuchten Vermögensvorteils mit der Vermögensbeschädigung an sich kein Erfordernis des in § 263 StGB bedrohten Rechts (sc.: Rechtsgutes, nämlich des Vermögens) ist, und daß in der Vorspiegelung falscher Tatsachen zum Zwecke der Erzielung einer rechtlichen Willenserklärung (oder Handlung) eine unerlaubte, vom Gesetz mißbilligte Handlung gesehen werden kann".

Mit anderen Worten: Die durch Täuschung herbeigeführte Vermögensbeschädigung ist "an sich" schon derart sozialschädlich (antisozial), daß diese Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des Betrugs bereits unrechtsbegründend wirkt, der angestrebte Vermögensvorteil dann aber wohl nur noch Schuldbegrundungsmoment ist. In der Tat kommt diese Auffassung sehr der damals herrschenden, durch Beling (Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 196; Lehre vom Tatbestand, 1930) begründeten Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit und der damit verknüpften Ablehnung subjektiver Tatbestands- und Unrechtselemente entgegen. Bei Zugrundelegung dieser Lehre ergibt sich folgendes Bild des Betrugstatbestandes: Der gesetzliche Tatbestand des Betruges für sich besteht nur aus den Merkmalen "Schädigung eines anderen durch Täuschung, Irrtumserregung und Vermögensverfügung", deren äußere (objektive) Verwirklichung festzustellen ist, bevor man außerdem die "Absicht der rechtswidrigen Bereicherung" als zusätzliches subjektives Schuld- und Typuselement betrachtet und bewertet. Wörtlich sagt Beling :

(59)

"Die Absicht ist ein Schuldmoment, nichts weiter" (Lehre vom Verbrechen, S. 197). Wenn aber der Tatbestand nur die äußere Seite des Verhaltens, die Absicht (der rechtswidrigen Bereicherung) aber als subjektives Element die innere Seite betrifft, also die Schuld des Täters "vertyp", dann kann es für die Schuld des Täters - das heißt aber für die Berechtigung des Schuldvorwurfes - überhaupt nichts ausmachen, w o h e r der Täter seinen Vorteil zu beziehen gedenkt: aus dem Vermögen des Opfers unmittelbar oder nur mittelbar oder gar von dritter Seite ! In allen Fällen trifft den Täter der V o r w u r f (materielle Schuld) der begangenen objektiven Unrechtsverwirklichung.

In der objektiven Rechtswidrigkeitslehre scheint mir die geistige Wurzel der reinen Kausaltheorie derjenigen Schriftsteller zu liegen, welche die Stoffgleichheit, ganz gleich in welcher Form, schlechterdings ablehnen und meinen, Vorteil und Nachteil müßten sich nur auf dieselbe Ursache zurückführen lassen. Die Bereicherungsabsicht ist bei ihnen nicht finales Element des Tatbestandes, sondern Schuldelement. Die vollendete Bereicherung ist nur kausale Nebenfolge eines objektiven Geschehens mit objektiver "Wirkung" in der Außenwelt, wobei die einzelnen Tatbestandsmerkmale durch das Merkmal der Kausalität miteinander verbunden sind.

Nun wäre es m.E. grundfalsch, die Ablehnung der Stoffgleichheit unter dem Gesichtspunkt einer völlig andersartigen Systemkonzeption zu kritisieren. Wenn die "Absicht" in § 263 StGB nicht Schuldelement, sondern Bestandteil des Unrechtstatbestandes ist, wie man heute allgemein annimmt, dann folgt daraus für die Stoffgleichheit unmittelbar zunächst einmal nichts. Denn auch die Absicht als ein subjektiv-finales und intentionales Tatbestandselement kann auf die Erlangung eines Dritt Vorteils gerichtet sein, ausgeschlossen ist das (logisch) jedenfalls nicht. So bricht das Ergebnis der "Objektivisten" in bezug auf ihre Ablehnung einer Stoffgleichheit nicht mit der Anerkennung subjektiver Unrechts- und Tatbestandselemente zusammen.

Das Problem der Stoffgleichheit erweist sich also bei näherem Zusehen als ein Problem der teleologischen Gesetzesauslegung. Nun liegt die erste Schwierigkeit freilich darin, daß das Wort (der terminus technicus) "Stoffgleichheit" in der Vorschrift des § 263 StGB nicht Erwähnung findet - ebensowenig wie etwa der Begriff der Vermögensverfügung. Man könnte allenfalls durch die klassischen Methoden der Auslegung des Betrugstatbestandes etwas über die Struktur der Stoffgleichheit, das heißt über das logische und kausale Verhältnis von Schaden und Vorteil, erfahren. Für die Auslegung der einzelnen Tatbestände hat vor allem der Rechtsgutsbegriff Bedeutung erlangt (60). Ob uns allerdings der Rechtsgutsgedanke an die letzte Wahrheit heranführt und uns überzeugende Argumente für oder wider die Stoffgleichheit liefert, soll hier noch offengelassen werden. Der Anfang der wissenschaftlichen Auseinandersetzung kann jedoch nur vom Rechtsgut, das heißt hier : vom Vermögen, aus geschehen; ist doch der Betrug d a s typische Delikt (neben der Erpressung) mit der Angriffsrichtung auf das Vermögen. Dabei soll hier davon ausgegangen werden, daß geschütztes Rechtsgut in § 263 StGB a l l e i n das Vermögen und nicht noch weitere Rechte oder Rechtsgüter sind. Sieht man nämlich den Betrug als ein Delikt an, das sich - neben dem Vermögen - auch gegen Treu und Glauben, die Ehre oder ähnliches richtet, so hat es naturgemäß keinen Sinn mehr, von Stoffgleichheit zu sprechen. Denn die Ehre, die dem Betrogenen genommen wird, eignet sich der Täter nicht an.

Die Stoffgleichheit setzt ihrem Wesen nach voraus, daß geschütztes Rechtsgut und somit Angriffsobjekt ausschließlich das Vermögen ist. Stoffgleichheit ist insofern immer Vermögensstoffgleichheit. Da aber das Vermögen als Schutzobjekt Gegenstand und "Stoff" der primären Betrachtung des Betrugstatbestandes ist, Vermögensschaden und Vermögensvorteil wiederum Ableitungen ein und desselben Vermögensbegriffes sind, läßt sich anstelle von Stoff-Gleichheit auch von Vermögensgleichheit sprechen :

(60) vergl. Schönke-Schröder Vorbem. I2 vor § 1 mit weiteren Nachweisen; ders. ebenso Anm. VI 2a zu § 2

Stoff, Substanz und Vermögen sind hierbei synonyme Begriffe - womit über den materiellen Gehalt und den Rechtsbegriff des Vermögens noch nichts ausgesagt wird. Durch die wertende Gleichsetzung von Stoff, Substanz und Vermögen wird lediglich erreicht, daß vermögensfremde Elemente wie die Ehre, das Vertrauen usw. bei der Analyse des Betrugstatbestandes und damit auch der Stoffgleichheit ausgeschaltet werden können. Der Betrug soll hier als "reines" Vermögensdelikt aufgefaßt werden, wie der Wortlaut des § 263 StGB dies auch zum Ausdruck bringt.

Freilich ist diese Auslegung des § 263 StGB nicht unbestritten. Mezger (61) betrachtet auch die Aufrechterhaltung von Wahrheit und von Treu und Glauben im vermögensrechtlichen Verkehr als durch den Betrugstatbestand geschütztes Rechtsgut. Insofern ist Kempermann (62) durchaus beizupflichten, wenn er von seinem Standpunkt aus (: Betrug schützt die Redlichkeit des Rechtsverkehrs) Stoffgleichheit als völlig abwegig ablehnt. Ebenso wie Kempermann auch Borst (63). Diese Ansicht findet ihre dogmatisch-weltanschauliche Stütze im sog. Täterstrafrecht. Borst (64) steigert sich zu der Behauptung, der Betrug sei ein "Zwillingsbruder des Meineids", ebenso wie dieser gegen die Wahrheit gerichtet. Ähnlich formulieren auch Kohlrausch (65), wenn er das Wesen des Betrugs in der Täuschung fremden Vertrauens sieht, sowie Dahm (66), der auf den Typus des Betrügers - nicht des Betrugtes - und auf das Gesinnungsmoment der Arglist abstellt, worin er mit Freisler (67) übereinstimmt. Diesen Schriftstellern ist die Auffassung gemein, daß immer dann, wenn ein solcher Typ des Betrügers auftritt und arglistig handelt, eine Bestrafung angemessen erscheint, auch wenn im konkreten Fall ein objektiver Schaden für den "Verletzten" nicht entstand. Wenn Bockelmann (68) in seiner Kritik dieser Ansichten feststellt, daß damit dem Moment der Schadenszufügung seine zentrale Bedeutung im Aufbau des Tatbestandes genommen werde, so gilt dies vor allem - da ja der Vermögensschaden ein Derivat des Vermögensbegriffes ist - für den Vermögensbegriff selbst.

Ihren Ursprung dürfte diese Auffassung vom Wesen und der Bedeutung des Betruges in der Preußischen Denkschrift (Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preußischen Justizministeriums S. 104) haben.

(61) StBu Bd. II Seite 167; JZ 1951, 341

(62) ZStW Bd. 57, Seite 148

(63) JW 1935, S. 1222 f

(64) a.a.O. S. 1224

(65) Schlegelberger-Festschrift, 1936, Seite 207, 222

(66) Der Tätertyp im Strafrecht, 1940, S. 53

(67) DJ 1941, S. 493

(68) Kohlrausch-Festschrift, 1944, S. 238

Die Verfasser dieser Denkschrift verlassen den Boden der traditionellen Auffassung der einschlägigen Delikte als Vermögensdelikte. Sie meinen, diese Charakterisierung gehöre einer überwundenen Rechtsanschauung an und trübe in ihrer Einseitigkeit den Blick für das wesentliche Angriffs-objekt dieser Delikte, nämlich die Anschauung von Treu und Glauben. Diesen Gedanken nehmen die Verfasser der Denkschrift zum Ausgangspunkt ihrer Betrachtung und fassen unter diesem Gesichtspunkt Untreue, Betrug, Urkundenfälschung und einen Gegenraltatbestand sittenwidriger Schädigung zusammen. Geschütztes Rechtsgut des Betruges sind Treu und Glauben im wirtschaftlichen Verkehr ! Der Entwurf von 1936 (E 1936) der amtlichen Strafrechtskommission hat im wesentlichen die Systematik der Preußischen Denkschrift übernommen (69).

Zur Kritik dieser Ansicht sei nur folgendes gesagt : M.E. muß man den Begriff von Treu und Glauben, um ihn als typisierendes Merkmal verwenden zu können, enger fassen und als Verletzung von Treu und Glauben nur solche Delikte ansehen, denen die Verletzung einer Treu- und Wahrheitspflicht e i g e n t ü m l i c h ist. Hierzu wäre in erster Linie die Untreue zu rechnen, ferner die Veruntreuung nach § 246 Abs. I zweite Alternative. Im einzelnen kann dieser Gedanke hier nicht verfolgt werden (70).

I. Der Betrug als Vermögensdelikt.

Die Delikte des besonderen Teils des Strafgesetzbuches, die sich mit dem Schutz wirtschaftlicher Interessen befassen, lassen sich sowohl nach materiellen als auch nach formellen Gesichtspunkten klassifizieren.

Die Einteilung nach materiellen Gesichtspunkten orientiert sich am geschützten

(69) vergl. hierzu im einzelnen Busch, ZStW Bd. 56 (1936), Seite 689 und dessen kritische Stellungnahme S. 693 ff

(70) näher zu den sogenannten Pflichtdelikten Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S. 352. Den Pflichtverletzungsgedanken im Besonderen Teil des StGB hebt auch Schaffstein hervor (vergl. Schaffstein, das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: Grundfragen usw. S. 126 ff). Schaffstein (a.a.O. S. 115) warnt davor, jedes Verbrechen als Treubruch zu kennzeichnen.

Rechtsgut (71), wie z.B. Eigentum, Besitz, Vermögen etc., die Einteilung nach formellen Kriterien am formalen Akt der verbrecherischen Handlung, an der Form des Angriffs und der Modalität ihrer Begehung (72). Ordnet man den Betrug in das System des besonderen Teils des Strafrechts ausschließlich unter materiellen Gesichtspunkten ein, so erscheint er als das spezifische Täuschungsdelikt, das in Bereicherungsabsicht begangen wird und dessen Angriffsziel das Gesamtvermögen des geschädigten Subjekts ist.

Diese Einteilung der Vermögensdelikte nach ausschließlich materiellen Erwägungen und Kriterien darf heute als herrschend bezeichnet werden. Maurach (73) betrachtet ausdrücklich die Rechtsgüterordnung als Grundlage seines Lehrsystems. Den Betrug sieht er demgemäß an als das Delikt, welches sich (ausschließlich) gegen das Vermögen richtet (74). Auffallend ist aber, daß Maurach (75) dieser "üblichen Begriffsbestimmung"

(71) Auf die Streiffrage, ob das Verbrechen im materiellen Sinne Rechtsgutsverletzung oder Interessenverletzung ist, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Im letzteren Sinne äußern sich z.B. Frank (Komm. Einleitende Bestimmung vor § 1, IV) sowie Mezger (ZStW Bd. 42 (1921) Seite 369) und Sauer (Allgemeine Strafrechtslehre 1955, Seite 38). Frank verbindet seine Ausführungen mit dem Hinweis, daß nicht in allen Fällen Schutzobjekt das Rechtsgut sein könne; so z.B. in den Fällen der §§ 173, 175, 180, 181 a StGB. Für v. Liszt (ZStW Bd. 8 Seite 137), Eb. Schmidt (Kommentar von Liszt-Schmidt § 2) und Sauer (Grundlagen des Strafrechts 1921, 223) sind beide Begriffe synonym, während für M.E. Mayer (Rechtsnormen und Kulturnormen 1903 Seiten 62-68) sowohl die objektiven Rechtsgüter Objekte der Rechtsverletzungen sind als auch das subjektive Moment des Interesses. Nach Schwinge (Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht 1930 Seiten 21-33) genügt für die Inhaltsbestimmung einer Strafrechtsnorm die Inbezugsetzung der einzelnen Tatbestandsmerkmale zu ihrem Rechtsgut (= Schutzobjekt). Vergl. zum Streitstand auch Honig, Einwilligung des Verletzten, S. 85 ff.

Der Streit zwischen Rechtsgut und Interesse kann hier deshalb unentschieden bleiben, weil sich im Betrugstatbestand des geltenden Rechts eindeutig aus dem Wortlaut des Gesetzestextes ein **R e c h t s g u t** herauslesen läßt : das Vermögen !

(72) vergl. dazu auch Hirschberg, Vermögensbegriff S. 274. Die Modalitäten der Handlung werden von M.E. Mayer (Lehrbuch AT S. 90) definiert als "Elemente des gesetzlichen Tatbestandes, die eine Beziehung der Handlung zu Zeit oder Raum oder zu einem abgesonderten Subjekt oder Objekt Wesentlichkeit beilegen".

(gemeint ist die materielle Katalogisierung des Betrugstatbestandes) eine formelle gegenüberstellt : "Diese Kennzeichnung des Betruges (scil. als eines Deliktes mit Angriffsrichtung gegen das Vermögen) wird seinem Unrechtsgehalt (!) nicht voll gerecht. Sie übergeht (oder unterstellt als selbstverständlich), daß der Betrug ein Vermögensverschiebungsdelikt ist, ferner, daß er ein Dispositionsdelikt darstellt." Hirschberg (76) vermerkt ausdrücklich, daß das geltende Recht von der Möglichkeit, die Art und Weise der Begehung als Einteilungsprinzip zu verwenden, zwar Gebrauch gemacht habe, diese Einteilung aber nicht die Grundlage des Systems des besonderen Teils des Strafrechts bilde. Im positiven Recht sei das Verletzungsobjekt zur Grundlage dieses Systems gemacht worden.

Mezger (77) und von Liszt-Schmidt (78) betonen ausdrücklich den primären Charakter der Systematisierung der Vermögensdelikte nach dem Gesichtspunkt des verletzten Rechtsguts. Die "andere Einteilung könne hier nur in zweiter Linie verwertet werden", sagt Mezger (77). Insoweit sei sie aber von unbestreitbarem Wert; leider sagt Mezger nichts darüber aus, worin dieser "unbestreitbare" Wert der Einteilung nach formalen Gesichtspunkten liegen soll.

(73) BT S. 8 ff

(74) Maurach a.a.O. S. 290

(75) Maurach a.a.O. S. 290

(76) Vermögensbegriff im Strafrecht S. 275

(77) StuBu II Seite 114

(78) Komm. Seite 606 Anm. 1

Der rechtsdogmatische Inhalt des Tatbestandes des betruges wird nach der h. M. gekennzeichnet aufgrund materieller Wertgesichtspunkte als ein Vermögensverbrechen, begangen in der Form der Herbeiführung einer Vermögensbeschädigung, die das Opfer der Tat selbst vornimmt - nämlich durch eine Vermögensdisposition.

Ferner ist nach allgemeiner Auffassung der Betrug ein sog. "kupiertes Erfolgsdelikt" oder auch ein Delikt mit "überschießender Innentendenz". Diese ist auf die Gewinnung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils (oder einer unrechtmäßigen Bereicherung) gerichtet, wobei es für die tatbestandliche Vollendung des Delikts genügt, daß der Vorteil nur erstrebt, nicht aber erreicht zu sein braucht. Zur Vollendung des objektiven Tatbestandes genügt, daß ein Vermögensschaden eingetreten ist - sei es in der Person des Getäuschten, sei es bei einem Dritten.

Wenn das geschützte Rechtsgut also das Vermögen als Ganzes ist - und zwar ausschließlich das Vermögen, wie hier angenommen werden soll -, so ist zu fragen, ob unter diesem Gesichtspunkt die Notwendigkeit einer Stoffgleichheit erhellt. Denn wir sind ja davon ausgegangen, daß es sich bei der Denkfigur einer solchen "Stoffgleichheit" um ein Problem der Tatbestandsauslegung handelt, der Rechtsgutsbegriff aber ein wesentlicher Gesichtspunkt und eine der wichtigsten Voraussetzungen für eine solche Auslegung ist. Nun ist der Betrug keineswegs das einzige Vermögensdelikt des geltenden Strafrechts - die Untreue (§ 266 StGB) schützt ebenfalls das Vermögen als Einheit. Dieses Delikt ist jedoch vom Gesetz als reines Schädigungsvergehen gestaltet worden, so daß sich das Problem einer Stoffgleichheit gar nicht erst stellt. Ein logischer oder sogar ontologischer Zusammenhang zwischen Vermögensverbrechen überhaupt und Stoffgleichheit

besteht also nicht. Es steht, wie Rommel an einer Stelle einmal ausführt (79), tatsächlich nichts im Wege, nach dem Wortlaut des Gesetzes (d.h. des § 263 StGB) ein Auseinanderfallen der Objekte von Vermögensvorteil und Vermögensnachteil zuzulassen. Ein Zusammenfallen der Objekte (ihre Identität) ist an sich kein logisches Erfordernis des in § 263 StGB geschützten Rechtsgutes Vermögen, denn im einen wie im anderen Fall, d.h. bei Bestehen oder bei Nichtvorliegen einer "Stoffgleichheit", richtet sich der Angriff des Täters gegen das Vermögen als Ganzes - das eine Mal mit Belohnung von dritter Seite, das andere Mal ohne eine solche Belohnung, Provision etc.

II. Der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt

1. Die Theorie der Vermögensverschiebung

Der materiellen Betrachtungsweise des Betrugstatbestandes steht die Formale Einteilung Heglers gegenüber. Hegler (80) sieht in seiner Systematisierung der Vermögensdelikte nicht so sehr das verletzte Rechtsgut, an dem sich ja die materielle Ansicht orientiert, als Einteilungsprinzip, sondern den Formalakt der tatbestandlichen Unrechtsverwirklichung. Diese formale Einteilung nimmt Hegler deswegen vor, um genauere Aufschlüsse über das Wesen und den Strukturaufbau des Betruges zu erhalten.

"Für den Versuch eines ... Aufbaus ist zunächst ... negativ festzustellen, daß derselbe n i c h t erfolgen kann unter dem Gesichtspunkte des angegriffenen und zu schützenden O b j e k t e s , unter dem Gesichtspunkte einer Spezialisierung des verletzten Rechtsgutes Vermögen". Es ist hier unumgänglich,

(79) Rommel, ^{Der} Betrug, Seite 93

(80) VDB VII S. 406 ff; ARSPh Bd. 9 S. 153 ff, 157; JW 1925, 1499

nach diesem primären Einteilungsgesichtspunkte von dem Rechtsgut (Interesse) her einen anderen, sekundären zu weiterer Gliederung einzuführen (81). Hegler (82) verlangt für die intrasystematische Behandlung der Vermögensdelikte den Maßstab der Art des Angriffs, der Modalität der Handlung. "Als Einteilungsprinzip kann demnach nur das andere wesentliche Moment des materiellen Verbrechensbegriffes in Betracht kommen, das Moment des verletzenden Angriffs" (83). Die Angriffe auf fremdes Vermögen stellen sich nach Hegler dar entweder als bloße Vermögensentziehung zu Lasten des Betroffenen oder als Vermögensverschiebung, die sich aus Vermögensentziehung zu Lasten des Betroffenen und äquivalenter Verschaffung (Zuwendung) zugunsten des Täters oder eines Dritten zusammensetzt. Bei den Vermögensverschiebungsdelikten, zu denen Hegler die §§ 242, 246, 249, 253 und auch § 263 StGB rechnet, erscheinen das Entziehen und das Zuwenden als "korrele Seiten e i n e s Vorganges: Sachbeschädigung gegen Lohn, Schädigung durch Täuschung gegen Lohn sind keine Vermögensverschiebungsdelikte" (84), das letztere ist daher nach Hegler kein Betrug.

Diese beiden von Hegler herausgearbeiteten Angriffsarten können nun entweder durchgeführt werden ohne Willen und bewirkendes Handeln (Disponieren) des Betroffenen oder mit Willen und bewirkt durch das Handeln und Disponieren des Betroffenen. Zur ersten Kategorie der Vermögensverschiebungsdelikte gehört z.B. der Diebstahl, zur zweiten der Betrug. Der Unterschied beider Delikte liegt in der Willensrichtung des Verletzten (85). Den eigentlichen

(81) Hegler ARSPh 9, 157

(82) Ebenso auch Ad. Merkel, Strafr. Abh. Bd. II, S. 80; derselbe in HH Bd. III S. 621 f, 850 f; Binding LB Bd. 1 Seite 242; Sauer, System des Strafrechts BT S. 65; Richard Schmidt, Grundriß des Strafrechts S. 248; Hirschberg, Vermögensbegriff S. 339; Maurach BT 290, 312; Hardwig GA 1956, 6 ff; Gallas, Eb.Schmidt-Festschrift S. 401 ff: Der Betrug sei seinem sozialen Typus und seinem ethischen Unwertgehalt nach ein Vermögensverschiebungsdelikt und nicht nur ein in gewinnstüchtiger Absicht begangenes Schädigungsdelikt

(83) Hegler, ARSPh Bd. 9, 158

(84) ARSPh Bd. 9, S. 160, 375

(85) ARSPh Bd. 9, S. 161, 373

Unterschied innerhalb der Gruppe der Vermögensdelikte sieht Hegler zwischen den Vermögensentziehungs- (schädigungs-) delikten (wie z.B. Sachbeschädigung) und den Vermögensverschiebungsdelikten; interessant ist, daß Hegler ausdrücklich die Bezeichnungen "Bereicherungsverbrechen" und reine "Schädigungsverbrechen" vermeidet, um, wie er sagt (86), "die Frage des Erfordernisses eines wirtschaftlichen Effektes (Effekt für den Gesamtwert des Vermögens) dabei zunächst fernzuhalten". "Schädigung und Bereicherung sind vielmehr Fragen, die noch besonderer Erwägung unterliegen", (87). Hegler beruft sich zum Beweise dafür, daß die Unterscheidung zwischen bloßen Entziehungsdelikten und Vermögensverschiebungsdelikten keine nur formal-begriffliche ist, auf einen dreifachen sachlichen Gegensatz dieser Typen der Vermögensdelikte und ihrer Angriffsarten (88), nämlich auf einen "objektiv-quantitativen" hinsichtlich der Strafdrohungen, insofern das Verschiebungsdelikt als soziale Unrechtsvertypung i.d.R. schärfer in seinem Unrechtsgehalt bewertet wird als das bloße Entziehungs- (Schädigungs-)delikt; ferner auf einen "personell-psychologischen" Gegensatz, insofern der "Typus des Gewinnsüchtigen und der Typus des boshaft Schädigenden zwei verschiedenen kriminalpsychologischen Welten angehören" (89) - obwohl der Diebestypus und der Betrügertypus auch psychologische Antipoden sind, wie Hegler (90) feststellt; ferner auf einen "objektiv-qualitativen" Gegensatz, insofern das jeweils entwickelte verbrecherische Handeln (der "Akt") von sachlicher Verschiedenartigkeit ist.

Abgesehen von der Frage der Willensfreiheit (Hegler verneint eine echte freiwillige Leistung des Betrogenen (91)) unterscheiden sich Diebstahl und Betrug allenfalls durch das äußere Bild des Handlungsverlaufs : beide

(86) VDB Bd. VII S. 407

(87) ARSPh Bd. 9, 160

(88) ARSPh Bd. 9, 162

(89) ARSPh Bd. 9, 160

(90) a.a.O. S. 162

(91) a.a.O. S. 373 ff

sind Vermögensverschiebungsdelikte, wobei beim Diebstahl die Abwendungsseite, die Entziehung und Abwendung von Vermögensteilen durch einen "Nehmeakt" erfolgen soll, beim Betrug dieselbe Entziehung durch einen "Gebeakt" (92). Daß jedoch das äußere Geschehen des Handlungsablaufes, also der Akt der Ent- und Aneignung bei Betrug und Diebstahl, den materiellen Unterschied zwischen beiden Deliktstypen nicht erklären kann, steht m.E. außer Frage: Der Unterschied liegt - abgesehen vom unterschiedlichen Rechtsgut - allein auf psychologischer Ebene. Der Dieb "bricht" fremden Gewahrsam, der Betrüger benutzt sein Opfer gleichsam als seinen Tatmittler und sein Werkzeug. Dabei spielt es dann keine Rolle mehr, ob der Betrogene dem Täter das Vermögensobjekt selbst (eigenhändig) verschafft, oder ob er in die Wegnahme, d.h. die Verschaffung, einwilligt. Entscheidend kann nicht sein, w e r die Handlung vornimmt. Das Dulden der Wegnahme - bei innerlich freiem Willensentschluß - kann sich als eine Vermögensverfügung darstellen (93). Ganz allgemein läßt sich also aufgrund neuer, rein formaler Kriterien der Betrug von den übrigen Vermögensdelikten trennen. Betrug ist Vermögensverschiebung, bewirkt durch das Handeln des jeweils Betroffenen. Nicht beantwortet ist damit die Frage, inwieweit die Vermögensverschiebung objektiv verlangt oder nur auf der subjektiven Seite als Bereicherungsabsicht gefordert werden kann. Eng damit zusammen hängt die Frage, ob - wie Hegler (94) es formuliert - man für den Betrug auch einen wirtschaftlichen Effekt, einen Effekt für den Gesamtwert des Vermögens, verlangt bzw. verlangen soll, wobei dieser wirtschaftliche Effekt in der Verminderung des Gesamtwertes des Vermögens auf der einen und der

(92) a.a.O. S. 375, 376

(93) vergl. etwa Schönke-Schröder Anm. VI 4 zu § 263

(94) Hegler VDB VII S. 410

"korrespondierenden Erhöhung desselben" auf der anderen Seite bei entsprechender Vermögensverschiebung liegen soll.

Der Theorie der Vermögensverschiebung unter Benutzung des Betrogenen als Werkzeug des Täters hängen auch Merkel (95) und Binding (96) an. Ad. Merkel formuliert, der Betrug sei "Vermögensbeeinträchtigung durch Disposition über die betreffenden Gegenstände", und Binding sieht das Wesen der gesamten Vermögensdelikte in der strafbaren Vermögensumkehrung : auf der einen Seite wird der rechtliche Vermögenszustand aufgehoben, um "aus der Substanz dieses rechtswidrigen Schadens anderwärts einen rechtswidrigen Nutzen zu schaffen". Interessant ist in diesem Zusammenhang die Erklärung Roterings zur Stoffgleichheit (97) (98). Betrug ist für ihn Überführung fremden Vermögens durch den erschlichenen Willen des Disponenten (97). Ganz ähnlich wird ja z.T. die Zueignung beim Diebstahl definiert; die Ähnlichkeit zwischen Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Betrug wird hier schon angedeutet. Derselbe Verfasser sagt im Jahre 1900 (98): " ... das Wesen des Betruges ist Bereicherung auf fremde Kosten; wie der Dieb, so hat auch der Betrüger die Hand in fremder Tasche, er prosperiert von den Werten, welche fremde Arbeit geschaffen und das unter Umgehung der Rechtsordnung entgegen den Grundbedingungen des auf reellen Austausch abgestellten Verkehrs". Und weiter: "Das Verbrechen (scil. des Betruges) entwickelt sich in der Form der Rechtsentäußerung zwecks Rechtszuführung (99) an den Delinquenten; und so ist denn die Beschädigung nur das Korrelat der Bereicherung - die letztere geht eben ohne jene nicht ab, der Schaden auf seiten des Verletzten verwandelt sich in sein Gegenstück auf seiten des Delinquenten. Und diese Umwandlung steht unter der Signatur der Stoff- oder Stoffwertgleichheit". Diese Stoff- oder

(95) Krim. Abh. II, 80

(96) Lehrbuch BT I 1, 340

(97) GS Bd. 60, 245 ff

(98) GA Bd. 47, 427

(99) Der Vermögensbegriff Roterings ist offensichtlich der juristische Vermögensbegriff

Stoffwertgleichheit vollzieht sich nach Rotering auf dem Gebiete des Sachenrechts, des Forderungs- und auch des Prozeßrechts.

Auffällig ist hier die enge, man möchte fast sagen sachnotwendige Verknüpfung der Begriffe Vermögensverschiebung und Stoffgleichheit. Diese enge Bindung bringt Binding treffend zum Ausdruck (96), der genau wie Rotering das Wesen des Betruges in der strafbaren Vermögensumkehrung sieht und fortfährt: "Sofort wird klar, daß es sich um die Grundeigenschaft aller dieser Delikte (scil. der Vermögensdelikte) und nicht um das unbedeutende (!) Strafbarkeitsmerkmal des gewinnsüchtigen Motivs handelt. Dies würde auch vorliegen, wenn jemand gegen Lohn verbrähe; wer aber für Lohn einen anderen täuscht und schädigt, betrügt nie". Binding zieht aus dem Wesen des Betruges als eines Verschiebungsdeliktes noch weitere Konsequenzen. Es wäre nach ihm weitaus richtiger (96), wenn das Strafgesetzbuch beim Betrug (und der Erpressung) die Vollendung des Delikts mit der Erlangung des rechtswidrigen Vermögensvorteils auf seiten des Täters zusammenfallen ließe. Ähnlich hatte sich bereits Hegler (100) geäußert, auf diese weitreichende Konsequenz soll später an anderer Stelle noch eingegangen werden.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß aus der formalen Betrachtung des Betruges materiellrechtliche Schlüsse auf die logische Struktur des Betrugstatbestandes gezogen werden. Ähnliche Folgerungen finden sich später auch bei Dahm (101); "Der Betrug ist keine durch die Bereicherungsabsicht des Täters ausgezeichnete Schädigung fremden Vermögens, sondern die arglistige Verschiebung wirtschaftlicher Werte aus dem einen Vermögen in das andere: danach könnte es geboten scheinen, Benachteiligung und Bereicherung einander gleichzustellen Für eine Gleichstellung von Beschädigung und Bereicherung wäre vor allem geltend zu machen, daß der Ausschuß den Betrug

(100) ARSPh Bd. 9 Seite 160, 375; VDB VII, S. 408, Anm. 3

(101) Der Betrug, bei: Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, 2. Auflage S. 462

als ein "Vermögensverschiebungsdelikt" ausgestaltet hat, nämlich Stoffgleichheit von Nachteil und Vorteil verlangt".

2. Der Betrug als Schädigungsdelikt

Die Theorie der Vermögensverschiebung, die scheinbar zwangsläufig zur Stoffgleichheit, d.h. zu einer Identität (in Form der Umkehrung) der Objekte von Vor- und Nachteil, gelangt, hat ihre erste entscheidende Kritik durch Bockelmann (102) erfahren. Nach Bockelmann liegt der Schwerpunkt des Betruges im Vermögens- und Schadensbegriff. Er, d.h. der Vermögensschaden, begründet das Unwerturteil über die Handlung (!), in ihm steckt darum das Wesen des Delikts. Darum verneint Bockelmann eine Stoffgleichheit, die sich aus dem Gesichtspunkt der Vermögensverschiebung herleitet. Der Betrug ist für Bockelmann nicht Verschiebungsdelikt, sondern Schadenszufügungsschutzdelikt (203). Denn stellte man einseitig auf die Verschiebung ab, so würde dadurch eine exakte Schadensfeststellung ausgeschlossen: wirtschaftliche Anrechnungs- oder Plusposten, die die entzogene Vermögenssubstanz wirtschaftlich ausgleichen, entfielen bei einer Sicht, die nur auf die Vermögensverschiebung abstellt.

Der Gedankengang Bockelmanns ist demnach der: keine Stoffgleichheit, weil keine Vermögensverschiebung. M.E. ist d i e s e, von einer völlig anders gearteten Systemkonzeption her kommende Kritik der Stoffgleichheits- und Verschiebungstheorie nicht zutreffend. Denn die Vermögensverschiebung wird ja nach der gesetzlichen Konstruktion des Tatbestandes erst n a c h der Schadensfeststellung relevant und nicht schon vorher, wie Bockelmann annimmt. Ist z.B. ein Schaden wegen wirtschaftlichen Ausgleichs nicht feststellbar, so entfällt auch die Problematik der Stoffgleichheit, da der

(102) Kohlrausch-Festschrift S. 242 ff

(103) a.a.O. S. 242

objektive Tatbestand des § 263 StGB nicht erfüllt ist. Nur die vermögensschädigende Vermögensverschiebung ist eben strafbar ! Bockelmanns Kritik an der Theorie der Vermögensverschiebung knüpft historisch allerdings an Hegler an und besitzt insofern ihren Wert: wollte Hegler doch die wirtschaftliche Schadenszufügung aus der Betrachtung gänzlich ausklammern (104).

Gegen die Konstruktion des Betruges als eines reinen Schädigungsdeliktes wendet sich Gallas (105). Er bejaht Stoffgleichheit - ohne sie näher zu kennzeichnen - (106), da sich beim Betrug der Angriff gegen den konkreten Bestand des Vermögens richte; wollte man auf das Erfordernis einer Stoffgleichheit verzichten, so würde damit der § 263 StGB seinen Charakter als Verschlebungsdelikt verändern und sich dem römischen Stellionat annähern. Der Betrug wäre dann nur noch Schädigungsdelikt, die Vermögensbeschädigung sei gleichzusetzen mit der Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils. Diese Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils würde aber von der Voraussetzung eines Eingriffs in den konkreten Vermögensbestand gelöst (107), denn die Zufügung eines Nachteils seit ja jetzt nicht mehr mit der Verminderung des Vermögensbestandes durch Verschlebung gekoppelt. Würde man den Betrug als bloßes Schädigungsdelikt begreifen, so setzte man die Vermögensbeschädigung mit der Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils gleich. Damit aber würden dem Tatbestand des Betruges seine festen Konturen genommen (108). Wollte man so das Vorliegen von Betrug von der Voraussetzung eines Angriffs auf den

(104) VDB Bd. 7, S. 433 f

(105) Eb. Schmidt-Festschrift S. 401 ff, 402

(106) Ebenso auch Dreher, Niederschriften der Großen Strafrechtskommission, Bd. 8, S. 34: es müsse Stoffgleichheit zwischen Vorteil und Nachteil bestehen. Wie diese Stoffgleichheit zu umschreiben ist, wird in der Diskussion der Großen Strafrechtskomm. nicht klargestellt.

(107) Gallas a.a.O. S. 416 , 417

(108) Gallas a.a.O. S. 431

konkreten Bestand des Vermögens lösen und sich statt dessen mit einer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen des Betroffenen begnügen, so wäre der Betrug nichts anderes als ein strafrechtliches Gegenstück zu § 826 BGB; der Betrug würde damit die Rolle der actio doli generalis im Strafrecht übernehmen. "Zu den Konsequenzen einer solchen Betrugsauffassung würde vor allem gehören, daß sie den Betrug nicht mehr als ein Vermögensverschiebungsdelikt, sondern nur noch als die eigennützige Zufügung eines Vermögensschadens begreifen könnte und damit ein wesentliches Merkmal des traditionellen Betrugsbegriffes preisgeben müßte" (109).

Abgesehen davon, daß hier die Stoffgleichheit mit dem Axiom der Vermögensverschiebung begründet wird, scheinen mir die Ausführungen Gallas' einen richtigen Kern zu enthalten. Lösen wir uns einmal vom axiomatischen Schema der Vermögensverschiebung, so bleibt tatsächlich der Gedanke der reinen (mittelbaren) Schädigung des Opfers übrig. Genügt eine solche bloße Schädigung für den Betrug? Bockelmann (110) legt den Schwerrpunkt des materiellen Unrechts beim Betrug ganz auf die Schadenszufügung, was n.E. nicht zutreffend ist. Der Betrug ist nicht reines Vermögensschädigungsdelikt - eventuell verbunden mit dem Motiv einer egoistischen oder altruistischen Gewinnsucht -, denn diese Deliktstypen sind ausschließlich durch die §§ 303 und 266 StGB geregelt, in denen es nicht auf ein gewinnsüchtiges Motiv ankommt, sondern auf andere, rein objektive Verbrechensmerkmale: So in § 266 StGB Mißbrauch bzw. Vertrauensbruch plus Schaden, in den §§ 303 ff, 306 ff (111) nur der objektive Eintritt eines Schadens. Man könnte demnach sagen: Es gibt nach der Systematik des besonderen Teils

(109) wie 108

(110) Kohlrausch-Festschrift 1944, S. 242

(111) Als reine Vermögensschädigungs- bzw. -gefährdungsdelikte wären außer den genannten Vorschriften noch zu nennen die §§ 288 (Schutz des zivilrechtlichen Anspruchs des Gläubigers und entsprechend § 239 KO für die Gesamtvollstreckung, sodann §§ 170a, 170b, 297, 321, 324

des Strafgesetzbuches einen *numerus clausus der reinen* Schädigungsdelikte. Diesen *numerus clausus* dadurch zu durchbrechen und zu erweitern, daß man den Betrug zu den Delikten der reinen Schädigung hinzurechnet, hieße die Grenze der strafbegründenden Analogie (Art. 103 II GG) überschreiten.

Der Betrugstatbestand will auch das Vermögen vor Eingriffen schützen, aber in einer anderen formalen Modalität als dies in den §§ 266, 303 StGB geschieht. In § 263 wird die der Rechtsordnung widersprechende Zuwendung von Vermögensbestandteilen unter Strafe gestellt - wobei diese Zuwendung freilich zu einem Vermögensschaden führen muß. Sowie § 266 StGB den Vertrauensbruch pönalisiert, so straft § 263 die zu einem Vermögensschaden führende Vermögenszuwendung. Aus der Erkenntnis heraus, daß ein und dasselbe Interesse, nämlich das Vermögen, auf ganz verschiedene Art und Weise, d.h. durch gänzlich verschiedene Formen und Modalitäten des Angriffs, beeinträchtigt werden kann, ließe sich der Schluß ziehen, der Betrug könne niemals reines Schädigungsdelikt durch Täuschung sein. Dann muß der Betrug aber notwendig Verschiebungsdelikt sein und sein strafrechtliches Pendant nicht in § 266, sondern in der Norm des § 242 StGB finden ! Wie bei dieser Vorschrift, wird auch beim Betrug durch die Manipulation des Täters dem Opfer ein Vermögensobjekt entzogen und in ein anderes Vermögen verbracht. Das aber ist bei der lügnerischen Schädigung gegen Entlohnung nicht der Fall, so daß in einem solchen Fall Betrug entfällt. Eine solche Begründung der Verschiebungstheorie hätte eine gewisse intrasystematische und tatbestandsvergleichende Basis für sich und stünde nicht so ganz im axiomatischen Raum, wie sie dies bei früheren Versuchen einer Herleitung tat.

3. Die "Leistungsfähigkeit" der Theorie von der Vermögensverschiebung.

Eine Kritik der Vermögensverschiebungstheorie hat m.E. an ganz anderer Stelle anzusetzen. Die ganze Verschiebungstheorie krankt nämlich in ihrem apriorischen Charakter.

Hegler und seine Anhänger (112) vermögen nicht zu beweisen, daß der Betrug ein Schwesterdelikt des Diebstahls ist und somit Vermögensverschiebungsdelikt. Der Betrug kann seiner gesetzlichen Konstruktion nach ebenso schlichtes Schädigungsdelikt mit motivierender Bereicherungsabsicht sein, oder Bereicherungsdelikt durch Schädigung dessen, aus dessen Vermögen die Bereicherung erfolgen soll. Mit der Aussage : "der Betrug ist Verschiebungsdelikt" ist zwar einiges geklärt (die Stoffgleichheit in ihren möglichen Formen), jedoch alles von einer bislang unbewiesenen Voraussetzung aus. "Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt" ist eine These ohne Begründung. Diese These muß man entweder axiomatisch fordern, um dann zur Stoffgleichheit zu kommen - wobei allerdings unerfindlich bleibt, warum nicht gleich auf das Axiom einer bestehenden, ganz konkret ausgeformten Stoffgleichheit zurückgegriffen wird, so daß man sich den Umweg über die Verschiebungstheorie ersparen könnte -, womit freilich die behauptete Reduktion der Stoffgleichheit auf logische Wahrheiten ! preisgegeben ist (sie stützt sich ja nun auf ein Axiom), oder man hat sie selbst logisch zu begründen. Das aber ist bisher keinem ihrer Vertreter gelungen. Ihre historischen Wurzeln dürfte die Verschiebungstheorie im juristischen Vermögensbegriff haben; heute, nach Überwindung dieses Begriffes, kann die dogmatische und logische Rechtfertigung der Verschiebungstheorie nur in einer besonderen Struktur des V e r m ö g e n s überhaupt liegen; wenn das Vermögen seiner Struktur nach begriffen werden kann als die Summe seiner Teile, als die Summe der konkreten Einzelposten, aus denen es sich zusammensetzt, ist es theoretisch möglich - nicht aber denknotwendig -, den Betrug in die Gruppe der Vermögensverschiebungsdelikte einzureihen.

(112) vergl. Hardwig, GA 1956, S. 6 ff;

Maurach BT S. 290, 312;

Hirschberg, Vermögensbegriff usw. S. 344

Der Satz "Der Betrug ist wie der Diebstahl Verschiebungsdelikt, und daher erfordert er notwendig eine Stoffgleichheit" ist ein typisch formal-logischer Schluß. Hinter der formalen Logik müssen wir aber die "materiale juristische Logik" (113) ergründen, von der wir erwarten, daß sie "das Zusammenspiel der logischen Formen mit dem besonderen Stoff darstellt, der in jene Formen eingeht". "Das ist natürlich nicht möglich ohne eine Analyse der besonderen Prämissen (!) und letztlich auch der besonderen Axiome (!) und Grundbegriffe, mit denen es die Jurisprudenz zu tun hat" (113). Nicht die Form der logischen Schlußfolgerung ist demnach für die juristische Logik interessant, also etwa die Form : weil der Betrug ein Verschiebungsdelikt ist, besteht eine Stoffgleichheit zwischen Vermögensvorteil und Vermögensnachteil, sondern die Verknüpfung dieser Form mit spezifisch juristischen Inhalten. Daß der formale Schluß von der deckungsgleichen (kongruenten) Vermögensverschiebung auf die etwa bestehende Stoffgleichheit eine statthafte Konklusion darstellt, kann nach den Gesetzen der formalen Logik gar nicht bezweifelt werden. "Was wir jedoch innerhalb der juristischen Logik klären müssen, ist die Art und Weise, wie die Prämissen als solche zustande kommen" (Engisch). Die juristische Logik ist aus dem Bereich der formalen Logik herauszuholen und auf materielle Inhalte hin zu erweitern. Daß es sich hierbei weitgehend um methodologische und erkenntnistheoretische Probleme handelt, leuchte ohne weiteres ein ! In unserem Fall bedeutet das: Wir haben den Inhalt und die Voraussetzung der Prämisse "Vermögensverschiebung" zu untersuchen, ferner, an welcher Stelle des juristischen Gedankenganges sie auftritt und warum, und welche Probleme zu lösen sie berufen und imstande ist.

(113) Engisch, Studium Generale 1959, 83 r.Sp.

Unterstellen wir also einmal die Verschiebungstheorie als richtig, und bewegen wir uns so im Rahmen einer immanenten Kritik, dann führt uns die Theorie vom Betrug als Verschiebungsdelikt nicht zu eindeutigen Ergebnissen und Folgerungen (Konklusionen) hinsichtlich der Stoffgleichheit. Denkbar sind durchaus verschiedene Wege und Möglichkeiten, "Stoffgleichheit" aus dem Axiom der Verschiebung abzuleiten :

1. Da sowohl Diebstahl als auch Betrug systematisch zu den Vermögensverschiebungsdelikten gehören, besteht zwischen ihnen auch insoweit Wesensverwandschaft, als der Seite der Entziehung und Abwendung von Vermögensstücken (Einzelposten sowohl bei Betrug wie auch bei Diebstahl !) gleichsam als Pendant eine Vermögenspostenzuwendung entspricht. Denn da es sich beim Tatbestand des Betruges nicht um eine bloße Vermögensschädigung wie bei der Untreue und der Sachbeschädigung handeln soll, muß das verschobene Vermögensobjekt dem Täter oder einem Dritten zufließen - ganz genau wie im Falle des Diebstahls. Mit der Theorie der Vermögensverschiebung verbindet sich notwendig eine tatbestandsmäßige Präzisierung nach der anderen Seite, der Vorteilsseite, hin; eine solche Präzisierung kann einmal die von Ad. Merkel vertretene sogen. Identitätstheorie sein, womit der Betrug in seiner praktisch-effektiven äußeren und inneren Gestaltung ein Paralleldelikt zum Diebstahl, ja ein solcher, begangen in mittelbarer Täterschaft, wäre ! Der Vorteils des Täters oder des Dritten kann immer nur dem Schaden des Opfers entsprechen, ihn quantitativ niemals übertreffen oder hinter ihm zurückstehen.
2. Die Identitätstheorie ist aber keineswegs die einzige notwendige logische Konklusion aus dem Theorem der Vermögensverschiebung. Ebenso wie beim Diebstahl bringt der als Verschiebungsdelikt verstandene Betrugstatbestand zum Ausdruck, daß es sich bei Vermögensschädigung (=Entwendungsakt) und Vermögensvorteil (=Zuwendungsakt) um zwei Seiten e i n e s tatsächlichen

Vorganges handelt, eines Vermögensverschiebungsvorganges also, bei welchem der Vorteil des Täters dem Vermögen des jeweils Betroffenen entzogen sein muß. Das Prinzip einer so verstandenen U n m i t t e l b a r k e i der Vorteilserlangung "steckt" durchaus in der Theorie der Vermögensverschiebung, was sich z.B. daran erweist, daß Hegler als einer der prominentesten Vertreter dieser Theorie die Stoffgleichheit in diesem Sinne verstanden wissen will (114).

Daß die Stoffgleichheit unter Zugrundelegung der Verschiebungstheorie auch in dem Sinne verstanden werden kann, daß der erstrebte Vermögensvorteil "auf Kosten" des Geschädigten bzw. "aus" dessen Vermögen erlangt sein muß, versteht sich nach dem eben Gesagten von selbst.

3. Man kann noch weiter gehen und sagen : eine Vermögensverschiebung liegt auch in den Fällen der mittelbaren Sachbeschädigung gegen Entlohnung von dritter Seite vor. Wenn A aufgrund lügnerischer Vorspiegelungen durch B seine Sache zerstört oder preisgibt und C dem B hierfür, wie zuvor verabredet, ein Geschenk gibt, so beruht die Erfüllung des Schenkungsversprechens auf einer Vermögensverschiebung C - B. Es fehlt hier nur an der Kongruenz von schädigender und bereichernder Disposition. Das Argument der Vermögensverschiebung erweist sich hier als untauglich, um eine "Stoffgleichheit" (Identität) zwischen Vorteil und Nachteil annehmen zu können (115). Und wenn man die Stoffgleichheit aus der vorhandenen Kongruenz von schädigender und bereichernder Vermögensdisposition ableiten will, so muß man diese betrugsapriorisch angenommene Kongruenz erst einmal unter Beweis stellen. Unterläßt man diesen geforderten Beweis aber, dann ist jedes Zurückgreifen auf eine kongruente Disposition unnötig und man könnte von vornherein die Identität

(114) ARSPh Bd. 9, S. 376

(115) s.A. aber Galls, Eb. Schmidt-Festschrift a.a.O.
S. 416/417 sowie Hirschberg, Vermögensbegriff usw.
S. 344

der Objekte als (unbewiesenes) Axiom hinstellen, das auf nichts mehr zurückgeführt werden kann und auch keines Beweises und keiner Zurückführung bedarf, weil es durch sich selbst vollkommen evident ist und als solches die Grundlage und die Voraussetzung für die dogmatische Ableitung anderer Sätze und Systemkonzeptionen (wie das der Nichtanerkennung des mittelbaren Vermögensschadens beim Betrug) bildet. Wenn man überhaupt von einer Axiomatik innerhalb des Betrugstatbestandes ausgehen will, dann braucht man nicht mit der Theorie der kongruenten Vermögensdispositionen anzufangen, sondern kann gleich eine Identität der Objekte fordern.

Es zeigt sich hier deutlich, daß die Verschiebungstheorie - sofern man sie als Arbeitshypothese einmal als richtig unterstellt -, beim Betrug eine endgültige und allgemeinverbindliche Aussage über Wesen und Charakter einer Stoff- oder Substanzgleichheit nicht treffen kann; eine quantitative und qualitative Aussage über die Struktur der Stoffgleichheit kann mithin nicht gegeben werden. Die formale Betrachtung des Betruges als eines Vermögensverschiebungsdeliktes führt nicht zu eindeutigen und zweifelsfreien Ergebnissen hinsichtlich des Verhältnisses von Vor- und Nachteil. Zudem stellt die Verschiebungstheorie bezüglich der Unterscheidung von Diebstahl und Betrug lediglich auf die psychologische Willensfreiheit (Willensrichtung) des Opfers ab, was sicherlich nicht falsch, aber zu einseitig sein dürfte. So werden wir nicht umhin können, uns mit dem "Stoff" der Stoffgleichheit oder der "Substanz" innerhalb der Substanzgleichheit näher zu befassen, um wesentliche und gültige Einblicke in die Natur des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen dem Vermögensvorteil und dem Vermögensnachteil zu gewinnen. Das heißt aber nichts anderes, als zu den in der Vorschrift des § 263 StGB enthaltenen Werten durchzustoßen: am geschützten Rechtsgut (=Schutz- oder Angriffsobjekt) nach Sinn und Zweck einer Stoffgleichheit zu forschen.

III. Stoffgleichheit und Vermögensbegriff

Wenn wir die Stoffgleichheit das Verhältnis (Relation) von Vermögensnachteil zum Vermögensvorteil genannt haben, so müssen wir uns darüber im klaren sein, daß der Bestimmung des Vermögensvorteils und des Vermögensnachteils keine selbständige Bedeutung zukommt (116). Die Begriffe Vermögensschaden und Vermögensvorteil sind heute als Ableitungen("Derivate") des jeweils gewählten Vermögensbegriffes aufzufassen. Und dieser Vermögensbegriff wird dann entweder rein "juristisch" oder rein "wirtschaftlich" oder "gemischt wirtschaftlich-juristisch" gesehen. Damit ist zum Thema der Stoffgleichheit noch nichts gewonnen, denn bei allen drei Vermögensdefinitionen kann man Stoffgleichheit entweder bejahen oder ablehnen: der juristische Vermögensbegriff indiziert nicht die Stoffgleichheit, ebensowenig wie der wirtschaftliche sie ausschließt. Wenn also die "Objekte" von Vor- und Nachteil "stoffgleich" sein sollen, wie Ad. Merkel es zuerst gefordert hat, so muß man doch wohl auf diese Objekte näher eingehen und sie einer näheren Betrachtung und Analyse unterziehen. Es ist das historische Verdienst Ecksteins, als erster das Verhältnis von Vorteil und Nachteil beim Betrug - also die Stoffgleichheit - vom jeweiligen Vermögensbegriff abhängig gesehen zu haben (117). Wenn Gallas (118) zur Stoffgleichheit ausführt, daß nur dann der vom Täter angestrebte Vermögensvorteil "stoffgleich" mit dem dem Betroffenen zugefügten Vermögensschaden sein könne, wenn der Getäuschte durch Preisgabe eines bestimmten Vermögensobjektes über den konkreten Bestand des Vermögens verfügt hat, so steht hinter dieser Behauptung immer die für den Betrug entscheidende Frage nach dem möglichen Gegenstand des durch § 263 StGB angestrebten Vermögensschutzes, oder m.a.W. die Frage nach der Bestimmung des Angriffsobjektes (119), und zwar frei von jeder herkömmlichen Begriffsbestimmung wie "juristisch", "wirtschaftlich" oder "gemischt wirtschaftlich-juristisch".

(116) vergl. dazu Gallas, EB. Schmidt-Festschrift 1961 S.401 ff

(117) Eckstein GA Bd. 58 (1911), S. 340

(118) a.a.O. S. 431

Rein logisch gibt es hier zwei Möglichkeiten der Bestimmung des möglichen Angriffsobjektes:

1. Das Vermögen als Summe der Einzelposten: In dieser Variant wird der äußere, reale Bestand des Vermögens geschützt, die Summe der konkreten Einzelposten, aus denen es sich strukturell zusammensetzt, und zwar entweder als Summe der Vermögensrechte (juristischer Vermögensbegriff) oder als Summe der geldwerten Güter (wirtschaftlicher Vermögensbegriff). Vermögensverfügung ist dann die - bewußte oder unbewußte - Aussonderung eines bestimmten Vermögensobjektes aus dem Vermögen(120), die Aussonderung einer "spezies" aus der "Gattung" als Summe des Ganzen. Vermögensschaden ist die Verminderung eines konkreten Bestandes an Vermögen, der Vermögensvorteil besteht in der Vermehrung eines konkreten Vermögensbestandes (121).

Nur so läßt sich der Betrug als Vermögensverschiebungsdelikt konstruieren, bei welchem ein Vermögensobjekt durch ein Tun (oder Unterlassen) von einer Person als Subjekt einer Anzahl Vermögensobjekte zu einer anderen Person als dem Träger von Vermögensobjekten "verschoben" wird. Das "Vermögen" wird so in seine einzelnen Bestandteile als Angriffsobjekte zerlegt, das "Vermögen" als abstrakter Begriff ("abstrakt-allgemeiner Begriff" im Sinne Hegels) kann nicht Gegenstand des Rechtsschutzes sein: der abstrakte Vermögensbegriff ist als Angriffsobjekt ungeeignet (122), das reine Gedankending "Vermögen" als einheitliche Wertmasse ist niemals Gegenstand des täterschaftlichen Angriffs. Deutlich kennzeichnet Hirschberg (123) diesen konkreten "konkret-allgemeinen" Vermögensbegriff, wenn er sagt : "Das Strafrecht schützt in seinen Vermögensdelikten (i.w.S.) nur diejenigen Interessen,

-
- (119) Den Begriff (terminus) des Angriffsobjektes hat nicht Oppenheim (Die Objekte des Verbrechens, Basel 1894, S. 153, 201 ff) geprägt, wie Hirschberg (Vermögensbegriff S.276 Anm. 17) annimmt, sondern Osenbrüggen (Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1857, S. 18ff). Er ist von Hirschberg weitergeführt worden. Ebenso gebraucht ihn M.E.Mayer (Rechtsnormen und Kulturnormen S. 66 ff).
- (120) Eb. Schmidt JZ 1952, 542; ders. in Niederschriften der Gr. Strafrechtskomm. Bd. 8, S. 36; Maurach BT S. 297
- (121) Gallas, Eb.Schmidt-Festschrift S. 402
- (122) So Hirschberg, Vermögensbegriff S. 288, 318; Binding LB Bes.Teil I S. 238 Anm.2; Roterling GA Bd.47,S.418,422
- (123) Vermögensbegriff S. 317 ff

welche sich an bestimmte, sogen. Vermögensgüter knüpfen. Der Vermögensbegriff des Strafrechts begreift in sich die Summe solcher Angriffsobjekte". Das Vermögen selbst kann niemals als Angriffsobjekt aufgefaßt werden, sondern immer nur einzelne Vermögensbestandteile. "Das Vermögen im Strafrecht bedeutet die sprachliche Zusammenfassung aller als Angriffsobjekte in Betracht kommenden materiellen Güter" (124).

2. Das Vermögen als abstrakte Werteinheit: Auf der anderen Seite der Bestimmung des Angriffsobjektes steht demgegenüber die Ganzheitsbetrachtung. Sie scheidet die Beziehung zum konkreten Objekt aus der Betrachtung vollkommen aus. Geschütztes Rechtsgut in § 263 StGB ist das Vermögen als Ganzes, als abstrakte Werteinheit, als abstraktes wirtschaftliches Gesamtpotential, das an einem abstrakten Wertmaßstab zu messen ist: am Maßstab des Geldes. Das Vermögen wird als "formlose Wertmasse" (125), auch als "amorphe Wertmasse" (126) gesehen und zum Angriffsobjekt des Betruges erklärt. Der so entwickelte "abstrakt-allgemeine" Vermögensbegriff ist ein Wertbegriff, genauer ein Begriff, der der Kategorie der wirtschaftlichen Werte angehört. Er ist zugleich ein Universal-, kein Spezialbegriff, da es ihm nicht auf den Wert des einzelnen, das Objekt der schädigenden Verfügung bildenden Vermögensbestandteils, sondern auf den Wert des Gesamtvermögens ankommt. Zu Recht bezeichnet Savigny (127) diesen Vermögensbegriff als einen totalen, nämlich im Sinne der Totalität (Universalität) aller Einzelgegenstände. Ein solcher totaler, vom Einzelobjekt losgelöster (=abstrakter) Begriff kann daher bald ein "Plus, bald ein Minus, bald auch eine völlige Indifferenz oder eine Null darstellen" (128)

(124) Hirschberg a.a.O. S. 318

(125) Eckstein GA Bd. 58, 340

(126) Hellmuth Mayer ZBHR 1933, 147

(127) System des heutigen römischen Rechts, I S. 375

(128) Savigny a.a.O. S. 376:

Dies ist auch die systematische Behandlung der Vermögensdelikte, wie wir sie bei Busch in seinem gleichnamigen Aufsatz (ZStW Bd. 56, 685) finden. Es heißt dort z.B. "Sie (scil. die wissenschaftlichen Systeme, welche die sogenannten Vermögensdelikte betreffen) unterscheiden Angriffe gegen einzelne vermögensrechtliche Herrschaftsverhältnisse, Delikte also, die sich durch die Art des Vermögensbestandteils, gegen den sie sich richten, voneinander (Forts. S. 60)

Da dieser abstrakte Vermögensbegriff derjenige der herrschenden Meinung (129) ist, müssen wir im Hinblick auf die Stoffgleichheit seine konstruktiven und praktischen Konsequenzen noch weiter durchforschen. Die Vermögensverfügung ist im Rahmen des so gefaßten abstrakt-generellen Vermögensbegriffes nur noch das vollkommen farblose "Tun, Dulden oder Unterlassen", das einen Vermögensschaden unmittelbar herbeiführt. Auf die konkrete Aussonderung, den Transport realer Vermögensobjekte, kommt es nicht mehr an (130). Durch die Täuschung wird der Inhaber des "Vermögens" "ärmer", d.h. aufs Ganze gesehen, wirtschaftlich schwächer, als er es vor dem Eingriff des Täters war. Das Vorhandensein einer Vermögensschädigung wird dadurch ermittelt, daß man den Wert des Gesamtvermögens vor und nach der schädigenden Handlung miteinander vergleicht. Der Vermögensschaden besteht hier in dieser Variante des Vermögensbegriffes in der Verminderung des Gesamtwertes des Vermögens. Die Absicht des Täters geht dementsprechend auf Bereicherung, d.h. auf eine dem Ärmerwerden entsprechende Vermehrung des Gesamtwertes des eigenen Vermögens : Der Betrug ist nicht mehr Vermögensbestandteilsverschiebungsdelikt, sondern Bereicherungsdelikt!

Mit dieser Begriffsbestimmung ist dem "wirtschaftlichen Vermögensbegriff" nicht vorgegriffen. Wie Gallas (131) richtig feststellt : Auch die oben dargelegte sogen. erste Variante kann zum wirtschaftlichen Vermögensbegriff führen, dann nämlich, wenn die einzelnen Bestandteile des Vermögens wirtschaftlich bestimmt werden sollen und nicht der Vermögensschaden. Das eine Mal wird (bei Zugrundelegung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes) das Vermögen als Summe

-
- (128) unterscheiden, und Angriffe gegen das Vermögen schlechthin (im Ganzen), Delikte also, die nicht jeweils auf die Verletzung bestimmt gearteter Vermögensbestandteile gerichtet sind, sich also auch nicht durch die Verschiedenartigkeit des angegriffenen Vermögensbestandteils voneinander unterscheiden können, sondern nur durch die Art des Angriffs". Der ersten Gruppe rechnet Busch u.a. den Diebstahl zu, der zweiten Gruppe den Betrug und die Erpressung.
- (129) so RGSt 16, 1; Schönke-Schröder Anm.I § 263; das Votum zu RGSt 16, 1 in GA Bd. 43, 364; RGR Komm. Nr.6e § 263; Mezger StuBu II S. 177 ff; v. Liszt-Schmidt S. 668; Frank § 263 V 4

der konkreten geldwerten Güter (Einzelposten) betrachtet, das andere Mal als abstraktes wirtschaftliches Gesamtpotential, als Wert e i n h e i t . In der ersten Variante ist Vermögen die Summe k o n k r e t e r Verfügungsmacht, in der zweiten Variante der Inbegriff a b s t r a k t e r Verfügungsmacht. Der Bestand des Vermögens kann in der ersten Variante sowohl Summe der Vermögensrechte wie Summe der geldwerten Güter sein. Die hier vorgenommene Aufspaltung der Vermögensbegriffe in logisch mögliche Alternativen hat den Vorteil, sich jeder W e r t u n g enthalten zu können. Denn die Möglichkeit, den Vermögensbegriff rein juristisch, nur wirtschaftlich oder gemischt wirtschaftlich-juristisch zu sehen, beinhaltet zugleich immer eine Wertung dessen, was betrachtet werden soll. Ja, die herkömmliche Kontroverse zwischen den einzelnen Vermögensbegriffen läuft immer auf eine unterschiedliche Wertung hinaus. Unsere Aufteilung ist aber nicht Wertung im engeren Sinne, sondern Bestimmung des Angriffsobjektes in konstruktiver Hinsicht, d.h. aber seinsmäßige Bestimmung dessen, was - nach einem zu wählenden Schlüssel entweder juristisch- rein wirtschaftlich oder gemischt wirtschaftlich-juristisch - bewertet werden soll. Sowohl der jeweilige Einzelposten als auch die Summe der Einzelposten können sowohl rein juristisch als auch rein wirtschaftlich oder gemischt wirtschaftlich-juristisch bewertet werden; nur die zweite Variante läßt den rein juristischen Vermögensbegriff ausscheiden: Vermögen als abstrakte Werteinheit ist kein subjektives Recht und wird auch von der Rechtsordnung nicht wie ein solches behandelt.

(130) Die Verfügung ist aber in dieser zweiten Variante nicht, wie Hirschberg es meint (Vermögensbegriff S. 344), lediglich Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Schaden !

(131) Gallas a.a.O. S. 407

Bei unserer Betrachtung ist das Angriffsobjekt zugleich Objekt der Wertung, während der juristische, der wirtschaftliche und der gemischt wirtschaftliche-juristische Vermögensbegriff Wertungen des Objektes sind! Logisch setzt jedoch die Wertung die Bestimmung des Angriffsobjektes voraus, so wie die Wertung des Objekts das Objekt der Wertung voraussetzt. Wir können daher auf eine Erörterung der "richtigen" Vermögenstheorie (ob nämlich der Vermögensbegriff rein wirtschaftlich, rein juristisch oder gemischt wirtschaftlich-juristisch zu bestimmen ist) verzichten und uns der Bestimmung des Angriffsobjektes (Objekt der Wertung) zuwenden.

3. Auswirkungen der Bestimmung des Angriffsobjektes für die Stoffgleichheit :

Die Bestimmung des Angriffsobjektes ist für uns nur insoweit interessant, als hierdurch das Problem der Stoffgleichheit einer Lösung nähergeführt werden kann. Das bedeutet, daß jetzt der Frage nachzugehen sein wird, ob "Stoffgleichheit" sowohl dann gegeben ist, wenn das Vermögen gemäß der ersten Variante die Summe der konkreten, realen Einzelposten darstellt, als auch dann, wenn es gemäß der zweiten Variante als abstrakte Werteinheit aufzufassen ist. Läßt sich bei beiden Vermögensobjektsbegriffen von einer "Stoffgleichheit" in irgendeinem Sinn sprechen, so ist die Unterschiedliche Bestimmung des Angriffsobjektes für das hier zu erörternde Problem unergiebig. Sollte es sich aber herausstellen, daß nur in e i n e r der beiden Varianten von Stoffgleichheit gesprochen werden kann, so ist zu klären, welche der beiden Varianten den Vorzug verdient. Hierbei entscheidet sich dann zugleich die Frage, ob der Betrug "Vermögensverschiebungsdelikt" oder "Bereicherungsdelikt" ist (132).

(132) Wenn Mezger StBu II Seite 184 behauptet, Betrug sei sowohl Bereicherungsdelikt als auch Vermögensverschiebungsdelikt, so werden hier im Grund zwei entgegengesetzte Positionen miteinander in Verbindung gebracht, die zwei ganz verschiedene Ursprünge haben und sich i.d.R. auch gegenseitig ausschließen.

- a) Erste Variante: Bedeutet Vermögensschaden jede Verminderung des konkreten Vermögensbestandes, d.h. den Verlust einer konkreten Vermögensposition, und besteht dementsprechend der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil in der Erlangung dieses konkreten Bestandteiles, so läßt sich auf diesen Vermögensverschiebungsakt (aufgrund der vorgenommenen Verfügung des Getäuschten) die Merkelsche Formel von der Stoffgleichheit ohne weiteres anwenden: Das Objekt, der reale Gegenstand a ist aus dem Vermögen (das ist die Summe $a_1, a_2, a_3 \dots$) des A in das Vermögen des B "verschoben" worden. Hier erscheint der Betrug als typisches Verschiebungsdelikt, bei dem der eingetretene Vermögensvorteil "stoff"- oder "Substanzgleich" mit dem erlittenen Vermögensverlust sein kann. Allerdings ist die logische, d.h. zwangsläufige, Richtigkeit der Identitätstheorie mit der Anerkennung der ersten Variante des Vermögensbegriffes noch nicht bewiesen, es ist nur ihre theoretische und strukturell bedingte M ö g l i c h k e i t aufgezeigt worden. Denn, wie oben schon ausgeführt wurde, es läßt sich auf die erste Variante ebenso folgerichtig und logisch schlüssig das sogen. "Unmittelbarkeitsprinzip" aufbauen und ableiten, ebenso aber auch die Erlangung eines externen Dritt Vorteils.
- b) Zweite Variante: Der Vermögensschaden ist die Verminderung des Gesamtwertes des Gesamtvermögens, ein Ärmerwerden auf seiten des geschädigten Vermögensinhabers, die Verminderung der Gesamtheit der einer Person zustehenden (wirtschaftlichen) Werte, was ebenso durch Verminderung der Aktiva wie durch Vermehrung der Passiva geschehen kann (133). Dementsprechend ist Vermögensvorteil Bereicherung, d.i. eine Vermehrung des Gesamtwertes des Vermögens oder m.a.W.: Vermögensvorteil ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage, jede Erhöhung des (wirtschaftlichen) Wertes (Volumens) des Vermögens, (134).

-
- (133) Frank Komm. Anm. V 2 § 263;
Mezger StuBu II S. 180;
übereinstimmend Schönke-Schröder VII 2 § 263;
Welzel 332; Maurach BT S. 306
- (134) So Schönke-Schröder VIII 2a § 263;
Mezger StuBu II Seite 184;
RGSt 50, 277 ff, 279

Entsprechend der Frankschen Formel vom Vermögensschaden kann der Vermögensvorteil liegen in der Erhöhung der Aktiva oder in der Verminderung der Passiva. Die Feststellung des Vermögensschadens ist also ein Saldoproblem, wobei der status quo mit dem status quo ante verglichen wird: Vermögensschaden/Vermögensvorteil ist der Unterschied zwischen dem Gesamtgeldwert (Geldwert) des Gesamtvermögens nach dem Betrug und dem Wert, den es vor dem Eingriff gehabt hat. Hypothetische Schadens- oder Vorteilsereignisse haben grundsätzlich aus der Bewertung auszuscheiden (135); strafrechtlichen Schutz genießt nur das hic et nunc vorhandene Vermögen !

Es ist evident, daß hier von einer Stoff- oder Substanzgleichheit nicht mehr gesprochen werden kann - jedenfalls soweit diese Stoffgleichheit durch die Merckelsche Identitätsformel repräsentiert wird. Vermögensverlust und Vermögensgewinn beruhen nicht mehr auf einer gesondert betrachteten Sachsubstanzverschiebung A ——— B, sondern auf einer abstrakten Wertverschiebung (136), deren Höhe am abstrakten Maßstab Geld gemessen wird. Die e i n e Definition der Stoffgleichheit (Identitätsformel) fällt also in der zweiten Variante aus (unberührt bleiben natürlich die restlichen Formulierungen der Substanzgleichheit), was im übrigen auch nicht verwundern kann; liegt doch die geistige Wurzel (die Genesis) der Identitätsformel im juristischen Vermögens- und Schadensbegriff, nach welchem Betrug Rechtsraub ist, und wo der Betrogene sein Recht verliert, da eignet es sich der Betrüger an. Der sogen. juristische Vermögensbegriff ist, wie oben gezeigt wurde, mit der zweiten Variante nicht vereinbar und daher ebensowenig die Identitätstheorie.

(135) A.A. aber Schönke-Schröder VII 2 § 263 (9.Auflage) sowie Pröll GA Bd. 67, 107 ff

(136) Es ist daher ungeführlich, aber belanglos, den Betrug als W e r t verschiebungsdelikt aufzufassen, wie Hirschberg es auf S. 343 macht (Vermögensbegriff usw.)

IV. Ergebnisse

Die Struktur des Vermögens innerhalb des Betrugstatbestandes spielt für die Ausprägung der Stoffgleichheit nicht die entscheidende Rolle, wie es auf den ersten Blick anmutet. Wenn wir das Vermögen als eine "korporative Erscheinung" (137) begreifen, als einen "Kollektivbegriff" (138), der als Realität eine Zusammenfassung einzelner Elemente zu einer Ganzheit (Kollektivum) darstellt, so kann es demnach dahinstehen, ob wir diese Ganzheit als Summe ihrer Teile auffassen oder ob wir ihr eine eigene, reale geistige Form und Gestalt (und damit Existenz) zubilligen. Der Kollektivbegriff "Vermögen" ist nicht in der Lage, allein durch sich Wesen und Form der Stoffgleichheit exakt und unwiderlegbar zu erklären. Oder anders gesagt: Der strafrechtliche Vermögensbegriff als Kollektivbegriff ist für die Lösung konkreter strafrechtlicher Probleme, soweit diese das Phänomen der Stoffgleichheit mitumfassen, nicht fruchtbar, ja, er ist unergiebig und damit nicht leistungsfähig.

(137) Engisch. Logische Studien zur Gesetzesanwendung 1963, S. 47

(138) Pfänder, A., Logik, 2. Aufl. 1929 S. 264/265; 286 ff. Rudolf Carnap (Der logische Aufbau der Welt, 2. Aufl. 1961, § 36) unterscheidet zwischen "echtem Ganzen" (= "organischem Ganzen" oder auch "Gestalt") und bloßer "Kollektion" oder "Summe" bezüglich eines oder mehrerer Gegenstände. Carnap bezweifelt übrigens die Möglichkeit einer exakten logischen und existentiellen Trennung beider Kategorien: Es sei vielmehr durchaus möglich, daß diese Unterscheidung von "echtem Ganzen" und bloßer "Kollektion" nur einen graduellen Unterschied betreffe insofern, daß allen Ganzen ("Kollektionen") die den echten Ganzen beigelegten Eigenschaften in mehr oder weniger hohem Grade zukommen. "Vielleicht gibt es keine bloßen Kollektionen". Doch läßt sich diese Frage nach Carnap nicht genau entscheiden, da bisher keine hinreichend scharfen Definitionen des echten Ganzen und der Gestalt vorliegen!

Aber selbst wenn wir uns auf eine Untersuchung des architektonischen Aufbaus des Vermögens einließen, würden wir feststellen, daß es eine einheitliche und für alle Fälle passende Struktur des Vermögens gar nicht gibt. Das Vermögen ist als korporative Erscheinung in seiner Ganzheit sowohl "Summe seiner Teile" als auch "abstrakte Werteinheit" mit eigener "Gestalt". Zwei Beispiele sollen uns das verdeutlichen :

1. Vermögen als Mehrheit gleichartiger Gegenstände (Summe seiner Teile):

Es kann bekanntlich ein Gegenstand für den Berechtigten mit Rücksicht auf seine Gesamtvermögenslage vollkommen wertlos sein, obwohl der Gegenstand seinen Preis wert ist ! Wenn wir so nach der sog. individuell-objektiven Schadens- theorie den Eintritt des Vermögensschadens davon abhängig machen, daß die Individualperson A als Bauer, Kaufmann, Richter etc. (also besser : die Sozialperson A in ihrem Als-Sein) den ihr aufgedrängten Vermögens g e g e n - s t a n d nicht verwenden kann, so stellen wir eindeutig nicht auf die Formlose Wertmasse Vermögen ab, sondern auf den realen und konkreten Einzelgegenstand. Denn nicht die Werteinheit ist für die Sozialperson unbrauchbar, sondern die sich in dieser Werteinheit verobjektivierende konkrete Materie: das konkrete Buch, die konkrete Melkmaschine etc.

2. Vermögen als abstrakte Werteinheit :

Die Auffassung der ersten Variante (Vermögen als Summe der Teile) wird dagegen vor allem dem Problem der Kompensation nicht voll gerecht. Erlangt der Betrogene einen Ersatz für die ihm abgetrogene Sache (139), so fehlt es dann an einer Vermögensbeschädigung, wenn gleichzeitig

(139) allerdings fällt der Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger fort, da dieser nicht Ursache des Schadens, sondern seine Folge ist, wie Grünhut in RG Festgabe BdV S. 120 richtig sieht; ebenso Schönke-Schröder VII 2 b § 263; Hegler VDB 7, S. 428; Frank S. 591; RGSt 41, 27; 43, 171; RG GA Bd. 60, 427

mit der Vermögensminderung eine Vermehrung des Vermögens eintritt, durch die die Vermögensminderung ausgeglichen wird. Nach h.A. ist für diese Kompensation derjenige Zeitpunkt maßgebend, in dem der Ausgleich der beiden Leistungen vor sich geht (140), ein späterer Zeitpunkt würde nur eine Wiedergutmachung eines einmal eingetretenen Schadens einleiten. Mit dieser Auffassung läßt sich die erste Variante nicht vereinbaren. Wenn der Vermögensschaden in dem Verlust einer konkreten Vermögensposition besteht, der Schaden mit dem Verlust also identisch ist, dann kann dieser Schaden (=Verlust) durch keine noch so hoch zu bewertende Gegenposition aufgewogen werden (141). Die Gegenleistung wäre eben nur Wiedergutmachung des durch den Verlust der konkreten Vermögensposition entstandenen Vermögensschadens. Soll die Gegenleistung die vollzogene Leistung wirtschaftlich ausgleichen und ihr damit den Charakter einer Selbstschädigung nehmen, so kann das Ergebnis nur über eine Ganzheitsbetrachtung, wie sie in der zweiten Vermögensvariante vorgenommen wird, gewonnen werden; eine solche Ganzheitsbetrachtung, die praktisch auf ein Saldoproblem hinausläuft, setzt jedoch eine am Gesamtwert des Vermögens orientierte Bestimmung des Schadens voraus. Mit einer Auffassung, die den Schaden im Verlust einer konkreten Vermögensposition sieht, ist sie nicht vereinbar. Hirschberg als Vertreter der ersten Variante wird seiner Grundüberzeugung untreu, wenn er sich expressis verbis für die Möglichkeit der Schadensregulierung durch Kompensation erklärt (142).

Wenn wir der Ansicht entgegentreten, daß bereits jeder einseitige Gebeakt des Getäuschten zum Vermögensschaden führt, und zwar auch dann, wenn der Geber vom Nehmer

(140) RGSt 2, 89; Eckstein GS Bd. 78, 140; Hirschberg, Vermögensbegriff S. 308; RG HRR 1939, Nr. 396

(141) So überzeugend Gallas, Eb.Schmidt-Festschrift S.404 ff. Anders aber noch Gallas, Gleispach-Festschrift S. 56, wo es heißt: "... schon derjenige ist in seinem Vermögen geschädigt, der durch Täuschung etwas (!) aus seinem Vermögen hergegeben hat".

(142) Vermögensbegriff S. 308

aufgrund eines kompensativen, wirtschaftlich gleichwertigen Gebeaktes einen Ausgleich erhält, dann ist dies nur unter der Voraussetzung möglich, daß das Vermögen als form-, gestalt- und individualitätslose *M a s s e* angesehen wird; die "Amalgamisierung" sämtlicher Vermögensbestandteile scheidet die Beziehung zum konkreten Objekt vollkommen aus. Treffend charakterisiert dieses Vermögensbegriff Hirschberg (143): "Die einzelnen Vermögensbestandteile verlieren ihre Individualität, sie werden Stellengrößen, die ihre Bedeutung allein aus dem Verkaufs-, d.h. dem Geldwerte, herleiten, werden individualitätslose Typen einer gleichförmigen Masse, genannt Vermögen". Ähnlich formuliert auch Gallas (144) : "Darin liegt ..., daß für die Ermittlung des Vermögensschadens die einzelnen Vermögensbestandteile ... nur noch als Rechnungsposten des Gesamtgeldwertes des Vermögens interessieren".

Die Beispiele zeigen, daß es keinen einheitlichen Begriff und keine abgerundete Vorstellung von "dem Vermögen" gibt. Die Soziologie des Vermögens umfaßt die *b e i d e n* möglichen Erscheinungsformen und Strukturen des Phänomens "Vermögen": Das Vermögen ist einmal *p e r s o n a l e r* Natur (im Falle des individuell - objektiven Schadens), zum anderen *t r a n s p e r s o n a l e r* Natur (Prinzip der Vorteils- und Schadensausgleichung durch Kompensation). Das eine Mal wird das Verhältnis der Person zu dem ihr rechtlich zugeordneten Vermögensobjekt geschützt; der Sinn des Vermögens wird gesehen in der konkreten Verfügungsmacht der Person über ein bestimmtes Gut. Für diese personale und individualistische Auffassung stehen die Güter (die konkreten Einzelgüter) im Dienste der Persönlichkeit und ihrer Werte. Das andere Mal liegt der Sinn des Vermögens in der abstrakten Verfügungsmacht über einen ebenso abstrakten Wert; was für die individualistische Auffassung die Beziehung des Menschen als Individuum

(143) a.a.O. S. 305

(144) Eb. Schmidt-Feschritz S. 414

(145) Radbruch, Rechtsphilosophie S. 239

(genauer: als Sozialperson) zur Sache, zum Gegenstand des Besitzes oder des Eigentums ist, das ist für die transpersonale Auffassung das bloße Zweckverhältnis des wirtschaftenden "homo oeconomicus" zu einer nicht mehr qualitativen, sondern "quantitativen Macht auf dem Gütermarkt" (145). Für die transpersonale Vermögensauf-fassung gibt es daher nur die Beziehung des einzelnen zu etwas außerhalb seiner selbst, oder mit anderen Worten: zu etwas außerhalb seines SELBST. Für die transperso-nale Auffassung stehen die Rechtswerte nicht mehr im Dienste der Persönlichkeitswerte, wie dies dem personalen Vermögensbegriff eigen war; für die transpersonale Auf-fassung vom Vermögen stehen die Rechtswerte allein im Dienste der privatwirtschaftlichen Machtakkumulation (146).

Der Vermögensbegriff ist mithin in seiner konkreten Existenz dualistisch angelegt: Will man an gewissen Fallgestaltungen und deren Lösungsmöglichkeiten festhalten, dann muß man beide Varianten des Begriffes vom Vermögen als eine dialektische Einheit ("Synthese") ansehen. Wenn Gallas (147) den Betrug seinem unmittelbaren Angriffsobjekt nach auffaßt als ein Delikt gegen das Vermögen in seinem konkreten Bestand, dem "geschützten Interesse" nach jedoch als ein Delikt, das auf Schmälerung des durch den Vermögensbestand repräsentierten wirtschaftlichen Potentials (Gesamtgeldwerts) gerichtet ist, so wird in diesen Formulierungen der dualistische ("dialektische") Aufbau des Begriffes "Vermögen" sichtbar.

(145) Radbruch, Rechtsphilosophie S. 239

(146) So sagt Grünhut z.B. (Rhein.Z. Bd. 13 S. 155), der Betrugstatbestand des geltenden Rechts trüge einen privatwirtschaftlichen Charakter !

(147) Eb. Schmidt-Festschrift S. 432

Er erscheint einmal als Summe der Konkreten Vermögensbestandteile, soweit die V e r f ü g u n g des Getäuschten über den B e s t a n d des Vermögens in Frage steht, zum anderen als rechnerische Zusammenfassung der Vermögensbestandteile zum "Gesamtgeldwert", soweit es sich um die Feststellung des Vermögens s c h a d e n s handelt. (148)

(148) Vergl. Gallas a.a.O. S. 433 Anm. 79 a

§ 6 Der Betrug des Provisionsvertreters.

Ein Beispiel für die betrugsapriorischen Lösungen
des Problems der Stoffgleichheit

Wir haben gesehen, daß die ontologischen Kategorien der Kausalität und der Identität offensichtlich nicht ausreichen, um die Stoffgleichheit hinreichend zu erklären, ebensowenig, wie dazu der Vermögensbegriff imstande ist. Ein abschließendes Urteil hierüber konnte natürlich noch nicht gefällt werden, es sollte im Rahmen einer "immanenten Kritik" nur auf einige Unstimmigkeiten und Unzulänglichkeiten hingewiesen werden, die durch die Argumentation der Vertreter der Identitätstheorie selbst hervorgerufen wurden. Auch das von uns so genannte Unmittelbarkeitsprinzip kann hier an dieser Stelle keiner abschließenden Kritik unterzogen werden; es sollten nur die strukturellen Gegensätze zum Identitätssatz herausgestellt werden. Es wird die Aufgabe der folgenden Untersuchungen sein müssen, gegenüber den heute noch verbreiteten deduktiven und abstrakt-apriorischen Interpretationen der Stoffgleichheit den Problemgehalt des empirischen Rechtsstoffes herauszustellen, um zu zeigen, daß der wesentliche Inhalt der Stoffgleichheit nicht in vorkritisch-ontologischen Glaubenssätzen besteht ("Stoffgleichheit ist die Identität der Objekte von Vor- und Nachteil"), sondern in der kritischen Auseinandersetzung mit bestimmten Phänomenen innerhalb des Betrugsstatbestandes, die eingangs bereits beispielhaft erörtert wurden (vergl. S. 3 - 6). Mit diesem Hinweis ist zugleich die Richtung angedeutet, in die eine Neuaufnahme und fällige Weiterentwicklung der Lehre von der Stoffgleichheit zu gehen hat: Nachzugehen ist dem rechtlichen Gehalt der die Problematik der Stoffgleichheit beinhaltenden Phänomene. Dies wird in den §§ 8 ff dieser Abhandlung geschehen. Zuvor soll jedoch anhand eines in der Rechtsprechung häufig erörterten Falles auf die Folgen der soeben beschriebenen betrugsapriorischen Stoffgleichheit hingewiesen werden.

Als Beispiel einer betrugsapriorischen Stoffgleichheitsauffassung in der Rechtsprechung sei hier der Fall der Täuschung durch Provisionsvertreter angeführt. Die Fälle der Täuschung durch Handels- und Provisionsvertreter beherrschen heute weitgehend die Diskussion zur Frage der Stoffgleichheit. Angesichts der praktischen Bedeutung dieser Fallgestaltungen und der Tatsache, daß die Problematik der "Täuschung durch Provisionsvertreter" keineswegs selten im täglichen Leben in Erscheinung tritt, wird es nötig sein, sichere und allgemein gültige und anerkannte Kriterien für die rechtliche Beurteilung dieses Falltypus herauszuarbeiten.

Bei der Lösung dieses Fallkomplexes ist die Rechtsprechung allgemein so verfahren, daß sie durchweg die "Stoffgleichheit" ohne weiteres vorausgesetzt und definiert hat, um aus einem derart vorgegebenen, rechtsapriorischen Begriff konkrete Lösungen zu gewinnen. Und weil die Stoffgleichheit nicht als etwas Hervorzubringendes, sondern als etwas Vorgegebenes verstanden wird, hat die bisherige Diskussion zum Thema des Vertreterbetruges sehr darunter gelitten, daß man aus ungeklärten Begriffen heraus Lösungen deduziert hat, deren Tauglichkeit eben dieses Umstandes willen nicht am Maßstab einer sachlichen Problemdeutung zu messen ist. Der dogmatische Wert der so gewonnenen Erkenntnisse ist naturgemäß abhängig vom Wert des ihnen zugrundeliegenden Begriffes.

Sämtliche Erscheinungsformen des Vertreterbetruges lassen sich auf folgenden Grund- und Modellfall reduzieren : Der Provisionsvertreter schwatzt den Bestellern Waren durch Lüge auf, die diese, gemessen an ihrer wirtschaftlichen und sozialen Position, gar nicht verwerten können. Bei Anerkennung der sogenannten individuell-objektiven Schadentheorie ist ein Vermögensschaden der Besteller durch den Abschluß des Kaufvertrages über den "Mehrwert" an Warenmenge nicht zu leugnen. Der Vertreter führt diese Manipulation in der Absicht durch, von seiner Firma eine

höhere Provision zu erlangen. Prüfen wir zunächst einen eigennützigen Betrug des Vertreters zum Nachteil des Bestellers: Die Lösungsmöglichkeit hängt ganz davon ab, wie man die "Stoffgleichheit" auffaßt; zur Klärung der Lösungsmöglichkeiten sollen die verschiedenen Variationen der Stoffgleichheit hier durchgespielt werden.

1. Der Begriff der Stoffgleichheit soll nicht bedeuten, daß Vermögenseinbuße und Vermögenszuwachs gestaltgleich, identisch sein müssen (149). Er soll vielmehr nur zum Ausdruck bringen, daß der erstrebte Vorteil und der eingetretene Schaden u n m i t t e l b a r durch dieselbe Vermögensverfügung des Getäuschten herbeigeführt sein muß (150). Dann liegt in den Fällen der Täuschung durch Provisionsvertreter eigennütziger Betrug zum Nachteil der Kunden vor : Der erstrebte Vermögensvorteil ist die Erlangung eines durch den Abschluß des obligatorischen Kaufvertrages (Grundgeschäftes) entstandenen aufschiebend bedingten Provisionsanspruches, §§ 87, 87a HGB (151). Dieser bedingte Anspruch wird zum unbedingten (zu einem konkreten subjektiven Recht) in dem Augenblick, in dem entweder der Kunde das Geschäft ausgeführt hat (§ 87a I Satz 3 HGB) oder dies der Unternehmer getan hat (§ 87 a I). Auch wenn das Geschäft nicht ausgeführt wird, ist grundsätzlich Provision zu zahlen, § 87 a III Satz 1 HGB. Man kann diese Rechtsstellung des Provisionsvertreters als eine Anwartschaft im engeren Sinne bezeichnen. Mit dem Abschluß des Vertrages erwirbt der Vertreter durch die Vermögensverfügung des Getäuschten (=Vertragsabschluß) die Aussicht auf Erwerb eines subjektiven Rechts (nämlich des Anspruchs auf die Vertreterprovision (152), und zwar eine Aussicht, die dadurch gekennzeichnet wird, daß

(149) so OLG Köln NJW 1960,209; OLG Karlsruhe NJW 1959, 399

(150) so OLG Köln a.a.O. sowie Karlsruhe a.a.O. unter Übernahme der ersten Formel des BGH (BGHSt 6, 115) bezüglich der Stoffgleichheit

(151) Schröder in: Schlegelberger RGR Komm. zum HGB Note 1 zu § 87 HGB;
Capelle, Handelsrecht Seite 62

(152) vergl. Würdinger RGR Komm. Einleitung zu § 87 a HGB

einzelne Tatbestandselemente des Erwerbstatbestandes bereits verwirklicht sind (Abschluß des obligatorischen Rechtsgeschäftes), während ein letztes zum vollen Erwerbstatbestand gehöriges Stück noch aussteht, nämlich die Ausführung des Geschäftes durch den Dritten oder den Unternehmer (153) (154). Aufgrund des obligatorischen Rechtsgeschäftes zwischen dem Unternehmer - vertreten durch seinen Provisionsvertreter - und dem Besteller besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, daß der Vertrag zur Ausführung gelangt, mithin der unbedingte Anspruch auf Provision als volles subjektives Recht entstehen kann. Diese Rechtsstellung erhöht zugleich den Wert des Gesamtvermögens des Provisionsvertreters, so daß er durch ein und dieselbe Verfügung, die den Vermögensschaden des Bestellers verursacht, auch den Vermögensvorteil erhält (155),

-
- (153) Zur theoretischen Konstruktion des Anwartschaftsbegriffes vergl. eingehend Ludwig Raiser, Dingliche Anwartschaften S. 3 ff.
- (154) Nicht aber durch Zeitablauf, wie das OLG Köln NJW 1960, 210 glaubt annehmen zu müssen. Richtig dagegen OLG Karlsruhe NJW 1959, 399: Der Provisionsanspruch entsteht unter der aufschiebenden Bedingung der Ausführung des Geschäftes. Ebenso Schlegelberger Note 1 zu § 87 a HGB; Würdinger Einleitung zu § 87 a HGB in RGR Komm.
- (155) Es ist ganz h.M., daß Anwartschaften bereits als Vermögensbestandteil gelten können, wenn sie mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lassen, vergl. etwa Schönke-Schröder Anm. VII 1 a zu § 263. Da der Unternehmer ein Interesse an der Ausführung des Geschäftes hat, kann man die Anwartschaft des Provisionsvertreters aus § 87 a HGB als einen konkreten Vermögensbestandteil ansehen, da im allgemeinen eine gesicherte Erwerbsaussicht besteht im Hinblick auf das volle subjektive Recht des Provisionsanspruches. Die Anwartschaft des Provisionsvertreters aus § 87 a HGB ist auf jeden Fall mehr als ein bloßes Durchgangsstadium im Erwerbsvorgang des Provisionsanspruches, wie das OLG Oldenburg (NJW 1960, 2205) es annimmt. Die Rechtsstellung des Provisionsvertreters erfüllt eine eigene Funktion und genießt Rechtsschutz nach außen. Hierzu zählt auch die Vorschrift des § 87a Abs. III HGB, wonach der Vertreter auch dann einen Anspruch auf Provision hat, wenn feststeht, daß der Unternehmer das Geschäft nicht ausführt: die berechtigte Wandlung durch den Dritten (Käufer) berührt den Provisionsanspruch nicht !

Sowohl der Umstand, daß sich der durch die Verfügung des Bestellers erlangte Vermögensvorteil, nämlich der bedingte Provisionsanspruch des Vertreters, gegen einen Dritten (den Unternehmer) richtet, als auch der Umstand, daß der Schaden des Bestellers im Vermögen des Täters eine andere Form einnimmt, schließen in dieser Variante die erforderliche Unmittelbarkeit, die keine Substanzgleichheit zu sein braucht, nicht aus (156).

2. Stoffgleichheit soll mehr sein als die Unmittelbarkeit im oben geschilderten Sinn der Einheit der den Schaden und Vorteil vermittelnden Ursache. Stoffgleichheit bedeutet vielmehr Identität der Objekte von Vor- und Nachteil (157). Gegen diese Formulierung wendet sich zwar das OLG Oldenburg (158), indem es ausführt, der erstrebte Vermögensvorteil müsse mit dem Vermögensschaden nicht gestalt- oder wesensgleich sein. Dennoch verlangt dasselbe Gericht in derselben Entscheidung, daß Vermögensvorteil und Vermögensnachteil einander "entsprechen" müßten, der eine müsse "die Kehrseite des anderen" sein (159), ein nur "unmittelbarer Zusammenhang", wie das OLG Köln (149) es angenommen hat, genüge nicht; dieser Begriff der "Unmittelbarkeit" sei vielmehr untauglich, das erforderliche (!) Verhältnis zwischen Vor- und Nachteil zu präzisieren. Dem Vermögen des Täters (oder des Dritten) müsse vielmehr nach der Absicht des Täters dasjenige zuwachsen, was dem Vermögen des Geschädigten durch dessen Verfügung entzogen worden ist. - Im Grunde liegt dieser Auffassung über die Stoffgleichheit der Merkelsche Gedanke der Identität zugrunde: wenn gerade das, was dem geschädigten Vermögen verloren geht, dem Täter (oder Dritten) zufließen soll, so liegt eben Identität

(156) vergl. OLG NJW 1960, 209; Karlsruhe NJW 1959, Seite 399
(157) so Peltzer, NJW 1960, 1562 gegen OLG Köln NJW 60, Seite 209. Ebenso auch OLG Hamm NJW 1958, 513; BGHSt 6, 115-117; Schwander SchZStr Bd. 78 (1962) S. 357 Anm. 57
(158) NJW 1960, 2205
(159) BGHSt 6, 115 hat diese Formulierung verwendet. OLG Oldenburg a.a.O. bezieht sich auf dieses Urteil des BGH

der Objekte vor. Nach dieser Auffassung, der auch das OLG Braunschweig (160) zustimmt, kann ein eigennütziger Betrug zum Nachteil des Bestellers nicht gegeben sein, sondern nur ein fremdnütziger Betrug zum Nachteil des Bestellers. Die vom Vertreter erlangte Anwartschaft entspricht dem beim Besteller eingetretenen Vermögensschaden nicht im Sinne einer stofflichen Gleichheit (Identität) (161).

3. Stoffgleichheit bedeutet: Der strebte Vermögensvorteil muß aus dem Vermögen des Geschädigten stammen, muß sich aus ihm herleiten. Eigennütziger Betrug zum Nachteil des Bestellers liegt nicht vor, da der bedingte, im Werden begriffene Provisionsanspruch nicht dem geschädigten Vermögen entstammt, sondern seine Zielrichtung auf das Vermögen des Unternehmers hin hat, ebenso wie der voll entwickelte, unbedingte Provisionsanspruch gemäß § 87 a HGB. Der im Entstehen begriffene Provisionsanspruch schmälert nicht das Vermögen des Bestellers, sondern das des Unternehmers. Aus dem gleichen Grunde wird der Vorteil des Vertreters auch nicht "auf Kosten" des Bestellers erlangt (162).

Die Ansichten zu 2. und 3. müssen, wie oben bereits angedeutet, einen eigennützigen Betrug des Täters zum Nachteil des Bestellers am fehlenden Vorhandensein einer "Stoffgleichheit" scheitern lassen. Sie helfen sich auf zweifache Art und Weise : Entweder bejahen sie einen fremdnützigen Betrug zugunsten des Unternehmers und zum Nachteil des Bestellers, wobei Stoffgleichheit in dem von ihnen verlangten Sinn vorliegt (163), oder sie bejahen - bei entsprechendem Schädigungsvorsatz des Provisionsvertreters - einen eigennützigen Betrug zum Nachteil des Unternehmers (164). Ein Schädigungsvorsatz des Vertreters liegt nur dann vor, wenn er von Anfang an die Anfechtung des obligatorischen Vertrages durch den Besteller gemäß § 123 BGB (165) und ihren Erfolg voraussieht und in

(160) NJW 1961, 1273

(161) vergl. OLG Oldenburg NJW 1960, 2205

Rechnung stellt. In diesem Fall will der Vertreter keinen auf Dauer angelegten rechtswidrigen Anspruch erlangen, sondern unter Vortäuschung eines solchen den Unternehmer zu einer Provisionszahlung bestimmen, auf die er keinen durchsetzbaren Rechtsanspruch hat, da sie mit einer Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung aus § 812 BGB belastet ist. Es gilt hier der Grundsatz des *dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est* ! (166)

-
- (162) Hier wird deutlich, daß sich das Unmittelbarkeitsprinzip nicht in allen Fällen mit einer Bereicherung aus Kosten eines anderen deckt. Der Grund hierfür findet sich in der besonderen gesetzlichen Regelung der §§ 87, 87a HGB, vergl. unten S. 81 ff
- (163) OLG Celle NJW 1959, 399/400; Oldenburg NJW 1960, 2205; BGH NJW 1961, 684; Braunschweig NJW 1961, 1273; Hamm GA 1959, 352; Braunschweig Nds RPfl 1958, 22; Braunschweig Nds RPfl 1960, 280.
- (164) So ausschließlich OLG Hamm NJW 1958, 513. Andeutungsweise auch OLG Köln NJW 1960, 209; Karlsruhe NJW 1959, 399; Braunschweig NJW 1961, 1273.
- (165) Eine solche Anfechtung des Bestellers wegen arglistiger Täuschung ist möglich gegenüber dem Unternehmer; denn der Provisionsvertreter ist als Vertreter des Stammhauses nicht Dritter i.S. des § 123 Abs. II BGB, da er dem Rechts- und Interessenkreis des Unternehmers angehört, vergl. Schlegelberger Note 48 zu § 86 HGB; Palandt-Danckelmann Anm. 1 zu § 123; Würdinger RGR Komm. Anm. 26 zu § 84; RGZ 76, 107; 101, 98.
- Sein Provisionsanspruch steht also unter der auflösenden Bedingung, daß die Anfechtung seitens des Bestellers unterbleibt. Ist der Vertrag rechtswirksam angefochten, §§ 123, 142 BGB, so gilt das angefochtene Geschäft als von Anfang an nichtig. Ein Provisionsanspruch entfällt damit, § 87 HGB, bzw. ist nach den Vorschriften der §§ 812 ff BGB zurückzuzahlen; vergl. Schröder in Schlegelberger Note 9 zu § 87 HGB. Anderer Ansicht jedoch (Forts. S. 77 a)

- (166) Schönke-Schröder, 12. Auflage Anm. VIII 2 b zu § 263:

Vor Anfechtung durch den Besteller sei der Unternehmer nicht berechtigt, die schon gezahlte Provision vom Vertreter zurückzuerhalten. Dann hätte der Vertreter seine Provision cum causa erlangt, und ein Betrug zum Nachteil des Unternehmers käme nur nach Anfechtung des Vertrages durch den Besteller infrage. Wie hier aber die herrschende Meinung im Schrifttum! So heißt es bei Schlegelberger Note 9 zu § 87:

"Solange die Frage, ob die Anfechtung geltend gemacht werden kann, noch in der Schwebe ist, wird dem Unternehmer die Befugnis zu gewähren sein, auch im Fall des nach § 87 a HGB eingetretenen Unbedingtwerdens des Anspruches die Zahlung der Provision zurückzuzahlen".

Reichel, Die Maklerprovision, 1913, S. 27 und Schmidt-Rimpler (in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, 1928, Band V Abteilung 1 Seite 1 ff) stehen der hier vertretenen Ansicht unter analoger Heranziehung des § 770 BGB nahe. Würdinger (RGR Komm. Anm. 7 zu § 87 HGB) stellt ganz auf § 242 BGB ab, ohne allerdings den leitenden Rechtsgedanken in einer konkretisierten Form herauszuarbeiten. Es ist u.a. die Aufgabe (Funktion) des § 242 BGB, das rechtsethisch verwerfliche Verhalten der Parteien zu mißbilligen (vergl. hierzu Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956).

Ein typischer Tatbestand dieser Mißbilligung verwerflichen Verhaltens ist aber der Grundsatz des *dolo facit, qui petit quod redditurus est*, m.a.W.: Die Forderung einer Leistung ist unzulässig, wenn sie aus einem anderen Rechtsgrunde alsbald an den Schuldner zurückerstattet werden muß.

Insofern stellt auch die Provisionszahlung v o r Anfechtung des Vertrages einen rechtswidrigen Vorteil für den Vertreter dar, und dieser Vorteil ist "stoffgleich" (substanzgleich) mit einem entsprechenden Vermögensnachteil des Unternehmers. Am Schädigungsvorsatz mangelt es dem Vertreter dagegen, sobald er damit rechnet, daß der Besteller den Vertrag überhaupt nicht, nicht rechtzeitig oder ohne Erfolg anfechten wird, oder daß das Geschäft bestätigt wird (§ 144 BGB), so daß es im Sinne des § 87 HGB als zustande gekommen gilt (167). Dann wird nach Meinung des Vertreters der Provisionsanspruch zu einem unbedingten, d.h. zu einem vollen subjektiven Recht (168).

4. Zu einer Lösung der Provisionsvertreter-Fälle, die sich an keiner "Stoffgleichheit" orientiert, gelangt Eser in seiner Abhandlung über "Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden" (169). Hierin will Eser aus "kriminalpolitischen Gründen" das Unmittelbarkeitsprinzip aufweichen und auch eine sog. mittelbare Kausalität zwischen Schadenseintritt und Vorteilserlangung dann genügen lassen, wenn zwischen Geschädigtem und Vorteilsempfänger keine direkten Beziehungen bestehen, sondern andere, dritte Vermögen in die Vermögensverschiebung zwischengeschaltet sind. Eser denkt dabei vornehmlich an die Fälle des Betruges durch den Provisionsvertreter, der seine Provision (seinen Vermögensvorteil also) von dem nichtgeschädigten Unternehmer erhält, während der Besteller der Geschädigte ist. Eine Einbeziehung solcher Fälle in den Betrugstatbestand wäre nach Auffassung Eser's nur dann möglich, wenn man auch mittelbare Kausalbeziehungen zwischen Schaden und Vorteil zuließe.

(167) Schlegelberger Note 9 zu § 87 HGB

(168) vergl. OLG Köln NJW 1960, 210

(169) GA 1962, S. 301 Anm. 68

Im Grunde verläßt Eser hiermit das Terrain der Stoffgleichheit bei der Lösung des Vertreterbetruges und läßt die Kausalität als verbindendes Glied zwischen Vor- und Nachteil in § 263 StGB ausreichen. Stoffgleichheit heißt dann lediglich : Einheitlichkeit der Ursache, die dann zur Entstehung eines Schadens und eines Vorteils führt, nicht aber mehr Einheitlichkeit des den Schaden und Vorteil begründenden Umstandes. Ob dies allerdings aufgrund des von Eser (169) angeführten Beispiels (Provisionsvertreter-Fall) notwendig erscheint, ist nach den vorangegangenen Lösungsmöglichkeiten zweifelhaft.

§ 7 Kritische Würdigung : Stoffgleichheit als Einheit
des Entstehungstatbestandes ?

In den Fällen der Täuschung durch Provisionsvertreter, welche die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Stoffgleichheit weitgehend beherrschen, haben sich im wesentlichen zwei Ansichten durchgesetzt. Die Oberlandesgerichte Köln (170) und Karlsruhe (171) sehen die Stoffgleichheit ausschließlich funktional als beziehungs-
mäßige Abhängigkeit zweier variabler Größen, (die vermöge ihrer Unbestimmtheit verschiedenen konkreten Werten offen stehen), von einander im Koordinatensystem von Vermögensschaden und Vermögensvorteil an. Ihren Ausdruck findet dieses funktionale Verhältnis in den Worten : der Vermögensvorteil und der Vermögensschaden müssen durch dieselbe Vermögensverfügung des Getäuschten herbeigeführt werden. Der Vorteil ist eben eine Funktion des entsprechenden (!) Nachteils. Diese "Stoffgleichheit" zeichnet sich einmal dadurch aus, daß sie eine Stoffwertgleichheit ist : jedem Wert der einen Größe (x) entspricht eindeutig ein Wert der anderen Größe (y), ohne daß damit die jeweiligen Werte miteinander identisch (größenordnungsmäßig wertgleich) sein müßten, was sich schon aus den Vorschriften der §§ 354 Abs. I, 87 b HGB ergibt. Die Abhängigkeit der variablen Größen voneinander ist also mathematisch-quantitativ , wobei - entsprechend der Funktionsgleichung $y = f(x)$ - die jeweilige Quantität in bezug auf einzelne Größen unterschiedlich sein kann. Die Gleichungen können lauten $y = x$, $y = 2x$, $y = 1/2 x$ usw., vergl. die §§ 354 Abs. I, 87 b HGB. Es handelt sich hierbei um eine typische Wechselwirkung : Zwei Größen (x und y) wirken gegenseitig

(170) NJW 1960, 209

(171) NJW 1959, 399; ebenso der BGH (BGHSt 6, 115 Leitsatz) mit Anm. Sarstedt LM Nr. 31 zu § 263 StGB;

Eser GA 1962, S. 301 Anm. 68

aufeinander in funktionaler Abhängigkeit voneinander ein. Ein und dieselbe Ursache bewirkt die funktionale Veränderung zweier Faktoren (171a). Zum anderen aber fehlt dieser rein funktionalen Stoffgleichheit jedes genetische Element : Woher der Schaden und der Vorteil stammen, woraus sich insbesondere der rechtswidrige Vermögensvorteil ableitet, bleibt völlig offen und ungeklärt. Das Verhältnis von Vermögensschaden und Vermögensvorteil wird nicht unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung: wie eins aus dem anderen hervorgeht, gesehen. Der Erkenntnismethode der genannten Entscheidungen vernachlässigt - ohne daß ihr an dieser Stelle daraus ein Vorwurf gemacht werden soll - bewußt die Bedingungen des Entstehens des Vermögensvorteils, ebenso wie die qualitative Analyse desselben. Ein *s p e z i - f i s c h e r* Ursprung wird dem Vermögensvorteil nicht zuerkannt. Es ist zwar ein und derselbe Entstehungsgrund (Entstehungstatbestand), der sowohl den Vermögensschaden als auch den Vermögensvorteil begründet (nämlich die §§ 87, 87a HGB), so daß man mit Fug sagen kann, eine Ursache hat zwei Rechtsfolgen (Wirkungen). Von einem historischen Entwicklungsprozeß, einer Entstehungsgeschichte, läßt sich dennoch nicht sprechen (172). M.a.W. : Die spezifische Herkunft des Vermögensvorteils ist dem funktionalen Stoffgleichheitsbegriff gleichgültig; die Einheit des Entstehungstatbestandes ist für ihn ausreichend. Ohne mit der Kritik hier schon ansetzen zu wollen, darf doch folgendes gesagt werden : Wenn man, ausgehend von dem Falltypus der Täuschung durch Provisionsvertreter, in der Stoffgleichheit nichts weiter sieht als die Einheit des dem Schaden und dem Vorteil zugrunde liegenden Entstehungstatbestandes, so

(171 a) Die Stoffgleichheit wird hier gleichsam ins Mathematische aufgelöst, insofern, als hier Stoffgleichheit als Funktionalität ausgelegt wird. Nun ist, wie J.E. Heyde (Entwertung der Kausalität ? 1957, S. 47) nachgewiesen hat, für die Funktionalbeziehung das Zeitmoment, d.h. das zeitliche Verhältnis der funktionalen Größen (Vor- und Nachteil)

Forts. S. 82

basiert diese Konstruktion doch auf einer gesetzlichen Zufälligkeit. Denn die Einheit des den Gewinn und Verlust begründenden Umstandes gründet sich nicht auf logische oder axiologische Deduktionen aus dem Begriff und dem Wesen der Stoffgleichheit, sondern auf nichts weiter als auf die Vorschriften der §§ 87, 87 a HGB.

Läge der gesetzliche Entstehungstatbestand für den - sei es auch nur bedingten - Provisionsanspruch des Handelsvertreterers hinter dem Abschluß des obligatorischen Vertrages zwischen Vertreter und Besteller, so wäre die Einheit des den Gewinn und Verlust begründenden Umstandes aufgelöst. Die Stoffgleichheit ist das Verhältnis zwischen Vorteil und Nachteil beim Betrug. Dabei sind die Begriffe Schaden und Vorteil ausschließlich am Begriff des Vermögens orientiert, sie sind Derivate desselben Oberbegriffes, nämlich des Vermögens. Der Begriff des Vermögens gehört nun dem Reich der Wertungen und der Werte an und ist von Funktionen vollkommen unabhängig. Die Funktion ist, logisch gesehen, wertfrei. Aber selbst wenn die Stoffgleichheit in der Einheit des Entstehungstatbestandes zu finden wäre, so ist doch nicht zu leugnen, daß in den Provisionsvertreterfällen der Vermögensvorteil des Täters (in Gestalt des bedingten Provisionsanspruches) dem Vermögensbereich eines Dritten, nämlich des Unternehmers, entstammt. Dies haben die Vertreter-Fälle mit all jenen

(171 a) zueinander, völlig bedeutungslos, so daß sie ohne weiteres auch gleichzeitig betrachtet werden können, ja, daß es ohne weiteres möglich wäre, die beiden betreffenden Größen zu vertauschen und so die bisher unabhängige bzw. abhängige nunmehr als abhängige bzw. unabhängige Größe zu betrachten. Hieraus erklärt sich auch der Satz, daß sich die funktionalen Größen gegenseitig bedingen : zueinander in Wechselwirkung stehen. Für die Funktionalbeziehung ist dies ohne weiteres klar : Die Veränderung der Größe x bedingt zugleich die Veränderung der Größe Y und umgekehrt, so daß man sagen kann: $Y = f(x)$ und $x = f(Y)$

(172) in dem Sinn, ob nämlich der erstrebte Vermögensvorteil ein interner sein muß oder ob ein sog. externer - von seiten Dritter zugeflossener - ausreicht.

Täuschungsfällen gemein, in denen der Vermögensvorteil extern erlangt wird von Personen, die unmittelbar nicht Betrugspartei sind und auch nicht zum Kreis der Geschädigten gehören. Der Unterschied zwischen diesen Fällen und den Provisionsvertreter-Fällen liegt nur darin, daß in diesen die Einheit des Entstehungstatbestandes (ein und dieselbe Vermögensverfügung begründet den Schaden wie den Vorteil), in jenen die Einheit des Kausalzusammenhangs (die Einheit der Ursache : ein und dieselbe Täuschungshandlung hat sowohl den Schaden als auch den Vorteil hervorgerufen) gegeben ist. Dieser Unterschied hat seine Wurzel nun nicht in der sachlogischen Struktur des Vermögensbegriffes, sondern einzig darin, daß aufgrund besonderer gesetzlicher Vorkehrungen (§§ 87, 87 a HGB) der Vermögensvorteil in den Vertreter-Fällen gewissermaßen von selbst zur Entstehung gelangt (daher die Einheit des Entstehungstatbestandes), während es in den Normalfällen eines externen Vorteils, in denen es an dieser besonderen gesetzlichen Regelung fehlt, noch eines Zwischen- oder Nachaktes zur Erlangung und auch Entstehung des Vorteils bedarf : Mit der Schädigung des Getäuschten e n t s t e h t nicht automatisch der Anspruch auf Belohnung ! Von diesen Äußerlichkeiten abgesehen, gibt es zwischen beiden Fallvarianten keinen materiellen, wesensmäßigen Unterschied. Wer unter Verleugnung des historischen Ursprungs und des genetischen Werdens des Vermögensvorteils diesen lediglich als eine Funktion des Vermögensschadens ansieht, muß auch den externen Vermögensvorteil ü b e r h a u p t als einen rechtswidrigen Vorteil i.S. des § 263 StGB gelten lassen. Dieser Konsequenz können sich die Vertreter des Einheitsprinzips nicht verschließen. Auf ganz anderen Grundsätzen beruhen dagegen diejenigen Entscheidungen, die in den Provisionsvertreter-Fällen fremdnützigem Betrug zum Nachteil des Bestellers und zum Vorteil des Unternehmers annehmen. Ihnen ist gemeinsam kein rein funktionaler, sondern ein genetischer und

historischer Stoffgleichheitsbegriff. Vom Ergebnis her gesehen leitet sich der jeweils erstrebte Vorteil aus dem Vermögen des jeweils Geschädigten ab; der Vorteil des Unternehmers ist "stoffgleich" mit dem Nachteil des Bestellers (Abschluß des obligatorischen Vertrages), der Nachteil des Unternehmers ist "stoffgleich" mit dem Vorteil des Vertreters (Provisionsanspruch). Ein "externer" Vermögensvorteil wird von diesen Entscheidungen als nicht ausreichend angesehen. Auch das OLG Hamm (173), das in seiner Entscheidung ganz auf die erlangte Provision (und nicht auf den bedingten Provisionsanspruch) abstellt, verfährt einen historisch-genetischen Stoffgleichheitsbegriff; Der erstrebte Vermögensvorteil des Täters müsse aus dem Vermögen des Geschädigten herrühren!

§ 8 Der Bettel-, Spenden- und Subventionerschleichungsbetrug

I. Die Ausgangssituation

Die Identitätstheorie bejaht das Vorliegen eines Betruges bekanntlich nur in den Fällen, in denen die Objekte von Vermögensvorteil und Vermögensnachteil identisch sind. Fehlt es an einer solchen Identität, so soll folglich ein Betrug ausscheiden. Diese Ansicht muß konsequent einen Betrug in den Fällen der Fehlleitung zweckgebundener Mittel auch dann ablehnen, wenn der Leistende trotz einer Gegenleistung von gleichem Geldwert dadurch geschädigt sein könnte, daß die Voraussetzung, unter der er geben wollte, nicht eingetreten ist und deshalb die Verfügung zu einer sinnlosen Ausgabe des Verfügbaren geführt hat (174). Die Fälle, von denen hier gehandelt werden soll, sind in der älteren Rechtsprechung (175) vor allem unter dem Stichwort des Bettel- und Spendenbetruges behandelt worden. Weit bedeutsamer sind jedoch in der Praxis die Fälle der Subventionerschleichung, d.i. die Erschleichung zweckgebundener Mittel durch Personen, die nicht in den Kreis der durch die Zweckbindung angesprochenen gehören. Die hierbei vorausgesetzte Situation ist dadurch gekennzeichnet, daß eine von der staatlichen Wirtschafts- und Sozialpolitik für nützlich gehaltene Vermögensverteilung, die entweder keinen Gewinn verheißt oder gerade die Kosten deckt, aufgrund der Manipulation des Täters fehlgeleitet wird, also ihren eigentlichen Zweck, nämlich die Verfolgung und Durchsetzung einer bestimmten wirtschaftspolitischen Absicht, nicht erfüllt.

Hierunter fallen z.B. die Erschleichung von Mitteln des sozialen Wohnungsbaus (176), die Erschleichung eines zinsverbilligten Darlehns aus dem ERP-Sondervermögen (177),

(174) vergl. auch Eser, GA 1962, 299, 300

(175) vergl. RGSt 4, 352; 6, 360; 53, 225

(176) OLG Hamm GA 1962, 219

(177) KG JR, 1962, 26

der unberechtigte Erwerb von VW-Aktien durch "Strohmänner" (178), die Erschleichung einer höheren Anzahl von VW-Aktien bei verschiedenen Banken der BRD, als dem Täter nach den gesetzlichen Bestimmungen und dem Zeichnungsergebnis zustanden (179), die Erschleichung von Mitteln der Ostpreußenhilfe (180), die Fehlleitung kriegswirtschaftlichen Materials (181). Aber auch in den Fällen eines privatrechtsgeschäftlichen Leistungsaustausches unter Privaten mit ausschließlich privatwirtschaftlicher Interessenrichtung hat die Schadenszufügung durch Fehlleitung eines mit dieser Leistung gekoppelten, sozialen, insbesondere wohltätigen Zwecks eine große praktische Bedeutung. Die Grundsätze, nach denen die Fälle des Subventionsererschleichungsbetruges entschieden werden müssen, sind hier dieselben. Hierunter zählen der Kauf von Ware aus einem angeblichen Notstandsgebiet (182), die Bestellung einer Zeitschrift, deren Erlös angeblich dem örtlichen Krankenhaus zugute kommt (183), der Kauf von Eintrittskarten zu einer angeblichen Veranstaltung der Verkehrswacht (184), das Erschleichen von Deputatkohle

-
- (178) vergl. einerseits BGHSt 18, 317 mit Anm. Schröder JR 1963, 349 (kein Betrug), andererseits BGHSt 19, 206 (Bejahung des Betruges) mit Anm. Schröder JZ 1964, 467.
- (179) BGHSt 19, 37 ff = JZ 1964, 70 (Betrug zum Nachteil des Bundesvermögens), OLG Hamburg JR 1962, 430 mit abl. Anmerkung Schröder (kein Betrug zum Nachteil des Bundesvermögens), BayObLG NJW 1963, 688 (Vorlagebeschuß).
- (180) RG JW 1936, 262 Nr. 25; vergl. auch RG JW 1936, 513 Nr. 15 (Erschleichen von Osthilfemitteln).
- (181) RG DR 1941, 1885 f; ebenso RGSt 70, 33 (36).
- (182) RGSt 73, 384 (das RG vermeidet hier einen Widerspruch zu RGSt 50, 316, insofern es nicht auf die Fehlleitung sozialpolitischer Zwecke eingeht. Der Sache nach liegt jedoch ein Widerspruch vor, worauf Bockelmann, DR 1942, S. 1114 zu Recht hinweist.)
- (183) AG Mannheim MDR 1960, 945
- (184) OLG Düsseldorf JMB1NRW 1958, 249

durch einen Nichtbetriebsangehörigen (185) oder für betriebsfremde Zwecke (186), die Vorspiegelung eines Zusammentreffens mit einem vermißten Soldaten, um auf diese Weise die Ehefrau oder die Mutter des Vermißten zu veranlassen, dem Täter Geld oder ein Geschenk zu geben (187).

II. Die Lösung des h.M.

Die h.M. (188) geht bei der Lösung dieser Fallgruppen differenzierend vor. Handelt es sich um die einseitige, unentgeltliche Leistung (Hingabe von Vermögenswerten) für einen bestimmten sozialen oder wirtschaftlichen Zweck, so nimmt die h.L. (189) Betrug in jedem Fall einer Täuschung an. Der Vermögensschaden soll nach dieser Auffassung in der kompensationslosen Preisgabe eines geldwerten Vermögensbestandteils als solcher liegen. Grund- und Modellfall ist der Bettel- und Spendenbetrug. Der getäuschte Geber gibt aufgrund der Täuschung einen Bruchteil seines Vermögens, also Vermögensobjekte, Vermögensmasse. Getreu dem Gesetz, nach dem sie angetreten, ist diese Meinung genötigt, auch bei den Fällen der entgeltlichen Austauschgeschäfte (Ankauf von Waren für einen bestimmten sozialpolitischen Zweck) bei Zweckvereitelung das Vorliegen eines Betruges abzulehnen, weil nicht kompensationslos geleistet wurde, der Gebende vielmehr einen wirtschaftlichen Ausgleich mit der Gegenleistung (Kaufpreis oder Ware) erhält (190). Diese Ansicht muß auch in dem Fall Betrug annehmen, in dem der Täter für wohltätige Zwecke Spenden sammelt und dem Geber vortäuscht, andere, dem Geber bekannte Personen, hätten bereits gespendet. (191).

(185) RGSt 58, 171

(186) BGHSt 2, 325

(187) LGAachen NJW 1950, 759

(188) vergl. die Nachweise bei Schönke-Schröder N 73 § 263

(189) vergl. RGSt 4, 352; 6, 360; 53, 225; BayObLG NJW 1952, 798; LG Aachen NJW 1950, 759; Jagusch LK Anm. 11b zu § 263 StGB; Maurach BT 4. Aufl. S. 298

(190) so RGSt 53, 225; Jagusch LK Anm. 11 b § 263; Gutmann MDR 1963, 94, 95; Maurach NJW 1961, 625; ders. Lehrbuch BT S. 298

(191) vergl. BayObLG NJW 1952, 798, das hier Betrug annimmt.

III. Die Gegenansicht

Die Gegenmeinung (192) behandelt die Fälle der unentgeltlichen und entgeltlichen Leistungshingabe nach den gleichen Grundsätzen. Der Schaden des Gebenden soll hiernach in allen Fällen nicht in der bloßen Hingabe des Geldes oder der Ware liegen - in den Bettel- und Spendenbetrugsfällen wollte der Spender auch keine reale Gegengabe als Kompensation haben -, sondern in der sozialen Gehaltlosigkeit und Sinnverfehlung seiner Gabe. In all den Fällen der unentgeltlichen und entgeltlichen Leistung für einen bestimmten sozialen oder wirtschaftlichen Zweck wird nach dieser Ansicht "der sachliche Sinn der Leistung ausschließlich durch den ihr von dem Leistenden beigelegten sozialen Zweck bestimmt und schließt daher für eine das soziale Moment mit einbeziehende wirtschaftliche Betrachtungsweise die Erreichung dieses Zweckes die Annahme eines Schadens trotz der Verminderung des Vermögensbestandes aus" (193). Der getäuschte Angebettelte weiß z.B. nicht, daß die **V o r a u s s e t z u n g e n**, unter denen er geben wollte, nicht vorliegen; daher - und nur aus diesem Grunde -, erhält seine Spende nicht mehr den von ihm beigelegten Zweck, sie wird für ihn zu einer **s i n n l o s e n** Selbstschädigung (194).

IV. Der Begriff des Vermögens als Anknüpfungspunkt für die Lösung des Problems.

Die Problematik dieser Fälle findet ihren zentralen Anknüpfungspunkt im Begriff des Vermögens. Den sogenannten Vermögensverbrechen i.e.S., wozu der

(192) Kohlrausch-Lange Vorbem. II vor § 263;
Schönke-Schröder N 73 ff;
Gallas, Eb.Schmidt-Festschrift S. 435, 436;
Schröder JR 1962, 432;
ders. JR 1963, 348; ders. JZ 1964, 467;
Welzel LB S. 334

(193) Gallas, Eb.Schmidt-Festschrift S. 435

(194) Kohlrausch-Lange Vorbem. II vor § 263

Betrug rechnet, kommt nämlich eine Eigentümlichkeit zu, die bereits von Hirschberg (195) und Hegler (196) näher herausgearbeitet worden ist. Ihnen fehlt - im Gegensatz etwa zum Diebstahl und zur Sachbeschädigung - die juristische Qualifizierung des *A n g r i f f s o b j e k t e s*. Beim Betrug fordert das Gesetz selbst ausdrücklich nur einen Vermögens *s c h a d e n*. Die Rechtsnatur des angegriffenen Objekts ("Vermögen") wird damit keineswegs klargestellt. Ohne auf den Theorienstreit zum Begriff des Vermögens hier näher einzugehen läßt sich doch sagen, daß der Tatbestand des § 263 StGB sämtliche seiner Begehungsform entsprechenden Vermögensverletzungen umfaßt, ohne die Natur des angegriffenen Objekts zu berücksichtigen. Denn auch wenn man als Schutzobjekt des Betruges den äußeren Bestand des Vermögens, die Summe der konkreten Einzelposten, aus denen es sich zusammensetzt, ansieht, so ist damit noch nicht gesagt, *w a s* unter den äußeren Bestand des Vermögens im einzelnen fällt (ob z.B. die sog. Affektionsinteressen, die Dispositionsfreiheit etc.). Ob nun das Schutzobjekt des § 263 das an einem abstrakten Geldmaßstab zu messende wirtschaftliche Gesamtpotential oder sämtliche realen Bestandteile des Gesamtvermögens ist: der Mangel der Spezialisierbarkeit des Angriffsobjektes "Vermögen" bleibt bestehen. Ja, wenn das Gesetz den Ausdruck "Vermögen" im Zusammenhang mit dem Vermögensschaden verwendet, so folgt daraus nicht, daß das Vermögen als abstrakter Begriff *n i c h t* Angriffsobjekt ist (197). Angriffsobjekt ist wohl das Vermögen, jedoch wollte der Gesetzgeber - sicherlich eimgedenk der Schwierigkeit einer klaren Begriffsbestimmung - auf eine Spezialisierung des Angriffsobjektes verzichten, so daß alle möglichen "Angriffsobjekte" im konkreten, individuellen Falle in Frage kommen, soweit sie nur Inbegriff und Teil von Vermögen als Schutzobjekt des § 263 StGB sind.

(195) Vermögensbegriff usw. S. 284, 318

(196) ARWPh Bd. 9, S. 154 ff.

(197) anders aber Hirschberg a.a.O. S. 288

Der Begriff des Vermögensschadens als Ableitung des Vermögensbegriffes ist demzufolge ein normativer, wertausfüllungsbedürftiger Begriff, der seinen normativen Gehalt nicht von der Tatsache der bloßen Vermögensminderung, sondern von seiner sozialen Komplexität ableitet. Ähnlich wie der sog. unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht muß auch das "normative Volumen" (198) der Begriffe "Vermögen" und "Vermögensschaden" nach durchschnittlicher sozialer, wirtschaftlicher oder technischer Anschauung mit einem hinreichend bestimmten Rechtsgehalt gefüllt werden, um ihnen damit einen dem Willen des Strafgesetzgebers entsprechenden konkreten Inhalt zu geben (199). Ähnlich den Generalklauseln im Recht (200) ist auch der noch unbestimmte, noch nicht konkretisierte Vermögensbegriff seiner Herkunft nach außerjuristischer Art: In ihm gibt das Recht eine Bewertung nicht selbst, es nimmt vielmehr eine Bezugnahme oder Verweisung auf Bereiche außerhalb des Rechts liegender Tatsachen oder Bewertungen vor. Diese Wertbezugspunkte sind ethischer, soziologischer, sozialer, psychologischer Art. Das Strafrecht sagt nicht selbst und autonom, was Vermögen und Vermögensschaden sind; es setzt einen außerrechtlich vorhandenen Komplex als Entscheidungs-, Individualisierungs- und Konkretisierungsquelle voraus.

Im Lichte der eben getroffenen Feststellungen erscheint es fraglich, ob jede unentgeltliche Leistung auch zugleich immer eine kompensationslose ist, wie es die h.L. annimmt, oder ob nicht vielmehr die Kompensation in einer Erreichung des vom Geber angestrebten Zweckes zu finden ist. So sagt Gallas (201), Wohltätigkeit üben bedeute nicht als solche Selbstschädigung, sondern erst dann, wenn die Spende ihren Zweck verfehlt und damit

-
- (198) Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 111
(199) vergl. auch Mittermaier, JW 1924, 1877 Anm. zu Nr. 5 ab; RG JW 1916, 146 Nr. 2; Engelhard ZStW Bd. 33, 135
(200) Dazu Gallas, Eb. Schmidt-Festschrift S. 123
(201) Eb. Schmidt-Festschrift S. 435

zu einer sinnlosen und unwirtschaftlichen Ausgabe wird. Damit wird zugleich in dem Streit um das Wesen des Vermögensbegriffes Stellung bezogen. Das Vermögen - ganz gleich, ob als Summe der konkreten Einzelposten oder als rechnerische Ganzheit - erfüllt im Rechts- und Sozialleben (202) ja nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine soziale Funktion, die in der Zweckbindung des Vermögens (-objektes) liegt. Diese Zweckbindung des Vermögens will, daß das Vermögen (z.B. als konkreter Einzelposten) nicht nur ein abstraktes, mehr oder weniger zahlreiche Befugnisse umfassendes Rechtsgebilde und Rechtsinstitut ist, sie will vielmehr eine Ausübung dieser Befugnisse sichern, die den Interessen anderer, die zu dem Vermögensobjekt in naher Beziehung stehen (z.B. als Destinatar) konform ist. Das Vermögenssubstrat soll sich den jeweiligen Bedürfnissen anpassen, es soll über das rein Materielle hinaus erweitert werden, es soll sozial sein, es soll ein bestimmtes Ziel, einen Zweck erhalten, es soll mit anderen Worten nicht statisch, sondern dynamisch angelegt sein. Kann man nun das Vermögen an einen bestimmten Zweck binden? Bei dieser Zweckbindung handelt es sich um einen Zweck, den der Vermögensinhaber (das Vermögenssubjekt) selbst dem Gegenstand des Vermögens setzt und den er selbst jederzeit wieder aufheben oder durch Herausnahme aus dem Zweckzusammenhang wieder abschwächen kann (203). Die Zwecksetzung ist also ein finaler, subjektiver Widmungsakt, der sich nach vollzogener Widmung in der Welt des Sozialen verobjektiviert und vom Träger des Vermögens losgelöst wird. So hat z.B. der Marshall-Plan seinen Ursprung in der Idee eines einzelnen Mannes gehabt; diese Idee wurde durchgeführt, wobei

(202) Über das Zusammenspiel der staatlichen und der gesellschaftlichen Rechtsordnung vergl. Schmidhäuser Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen Gemeinwesen, 1964 passim.

(203) Wesentlich für das Institut der "öffentlichen Subventionierung Privater" (vergl. die gleichnamige Schrift Ipsens, 1956) ist z.B. das Motiv der Hilfe für bestimmte Bevölkerungskreise oder Berufsgruppen (Landwirtschaft!). Auf die Mannigfaltigkeit der Motivationen weist auch Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 603 hin.

das leitende Motiv für die Durchführung die Hilfe für Europa war. Die ERP-Gelder erhielten von dieser Idee her ihren Sinn, waren vom eigentlichen Urheber dieser Idee losgelöst, blieben aber zweckgebunden. Der Vermögensbegriff wird dadurch seines wirtschaftlichen Charakters nicht entkleidet, wie Gutmann (204) und Bockelmann (205) annehmen. Die Vielfalt der Herrschafts- und Nutzungsweisen, entsprechend den vielfältigen tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten der beherrschten Objekte, wird damit nicht verkannt, sondern das Vermögen auf seinen allen diesen Möglichkeiten gemeinsamen, typischen und darum strafrechtlich wesentlichen Inhalt zurückgeführt. Man mag das Vermögen im Strafrecht als ein **a b s t r a k t e s** Rechtsgebilde bezeichnen; andererseits darf die gedankliche Abstraktion nicht zu weit getrieben werden. Das Vermögen als Herrschaftsmacht ist verschiedener, nicht nur rechtlicher, sondern faktischer, wirtschaftlicher und sozialer Ausgestaltung fähig, ohne darum aufzuhören, Vermögen im strafrechtlichen Sinne zu sein. Der Schlüssel zum Verständnis dieser Rechtslage liegt nicht in der **V e r ä n d e r u n g** des Vermögensbegriffes zu einem neuen, selbständigen, von seinem wirtschaftlichen Urgrund losgelösten sozialen Ordnungsbegriff, sondern gerade umgekehrt darin, daß auch das Vermögen als Rechtsbegriff der ihm gemeinhin zugeschriebenen abstrakten, sich stets gleichbleibenden Natur entkleidet wird, die zwar eine Beschränkung durch privatrechtliche Rechtsgeschäfte oder Realakte kennt, aber jede "bloß" soziale Bindung des Vermögens (und damit im gewissen Sinn des Vermögensträgers, obwohl er, und dies jederzeit widerrufbar, die Widmung vorgenommen hat) als strafrechtsirrelevant von sich abgleiten läßt. Daran, daß das Vermögen ein Begriff und eine Funktion des Wirtschaftlichen von spezifischem Gehalt ist, braucht nicht gerüttelt zu werden. Aber dieser wirtschaftliche

(204) MDR 1963 .,94

(205) Kohlrausch-Festschrift S. 231

Vermögensbegriff ist eingebettet in die umfassendere, komplexe Potenz des Sozialen, die je nach Zweckbestimmung der Sache einer reichen Abstufung und Differenzierung fähig ist. Die Verdichtung dieser Rechtsstellung vom sterilen, statischen und naturhaft gleichbleibenden Begriff des Vermögens, bei welchem der Einzelne auch in seinen individuellen Bedürfnissen noch allzusehr als der von materiellen Erwägungen geleitete homo oeconomicus erscheint, zum dynamischen und anschniegsamen Herrschaftsgebilde, bei welchem der Begriff des Wirtschaftlichen und damit auch des Vermögens über das rein Materielle hinaus erweitert und der "wirtschaftende Mensch und Inhaber eines Vermögens insbesondere auch im Gesamtzusammenhang seiner sozialen Funktion gesehen wird" (206), ist ein Vorgang wissenschaftlicher Umformung (206a), der den Vorteil größerer rechtstechnischer Handlichkeit und Wirkungsmöglichkeit des so gewonnenen sozialen und weitgefaßten Vermögensbegriffes gegen die Gefahr einer Verengung und Verarmung rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten eintauscht. Mit Recht macht Gallas (207) auf den Unterschied der Auffassungen für die Fälle aufmerksam, in denen der Spender zwar durch Täuschung zu einer Gabe bestimmt wird, deren sozialer Zweck jedoch erreicht wird. Es veranlaßt beispielsweise (208) der für einen wohltätigen Zweck Sammelnde den Geber dadurch zu einer Spende, daß er ihm vorspiegelt, andere hätten bereits gespendet. Die herrschende Lehre (208) muß auch in derartigen Fällen wegen Betruges bestrafen, was Gutmann (209) auch durchaus billigt. Die herrschende Lehre schützt hier bloße Affektions- und Dispositionsinteressen; sie bestraft im Grunde die Zwecklüge und sieht den Eintritt eines

-
- (206) Gallas, Eb.Schmidt-Festschrift S. 435
(206a) und keine "verschleierte Gesetzgebung", wie Naucke, Lehre vom Betrug, S. 127, 163 annimmt.
(207) Eb.Schmidt-Festschrift S. 435
(208) BayObLG NJW 1952, 798
(209) MDR 1963, 95

Vermögensschadens als objektive Bedingung der Strafbarkeit an: Denn in jedem Fall der unentgeltlichen Zuwendung soll ja nach der h.L. ein Vermögensschaden in der kompensationslosen Hingabe eines Vermögensstückes vorliegen. Es muß also nur die lügnerische Beeinflussung des Motivationsprozesses beim Opfer dazukommen, um den Tatbestand des Betruges als erfüllt anzusehen. Für die hier vertretene Auffassung fehlt es dagegen am Vermögensschaden, da die Spende (im obigen Beispiel) den ihr innewohnenden sozialen Zweck erfüllt, der Gebende hat keine sinn- und zwecklose Verfügung getroffen. Die h.L. hat durchaus recht, wenn sie sagt, daß durch die Hingabe des Geldes von seiten des Spenders etwas aus dem (wirtschaftlichen) Vermögen des Spenders aufgewendet wird, wodurch das Vermögen - aufgrund des einseitigen Zuwendungsaktes - wirtschaftlich gemindert wird. Zum Vermögensschaden wird aber diese Minderung nur dann, wenn sie durch eine ihr eingestiftete soziale Sinn- und Zweckerfüllung nicht kompensiert wird.

V. Ist dieser Vermögensbegriff objektiv oder subjektiv bestimmt ?

Man könnte nun der herrschenden Meinung in den Fällen der unentgeltlichen Leistung (Bettelbetrug u.ä.) folgendes Argument zugute halten : Das Wesen des immateriellen Wertes, wozu auch die soziale Sinn- und Zwecksetzung zählt, liegt in seiner Beziehung auf eine bestimmte Einzelperson. Daraus folgt, daß er nicht auf andere Einzelpersonen (Individualitäten) übertragen werden, daß er also auch nicht Gegenstand eines Veräußerungsgeschäftes sein kann (209). Ist es nun eine Eigentümlichkeit der immateriellen Werte, daß sie nicht übertragbar sind, so scheiden sie als Objekt der wertverschiebenden Delikte, wozu der Betrug rechnet, schon aus diesem Grunde ohne weiteres aus.

(209) Hirschberg, Vermögensbegriff usw. S. 314;
Gutmann MDR 1963, 95

Im Grunde handelt es sich hierbei wiederum um die enge Verknüpfung des Problems der Stoffgleichheit mit dem gewählten Vermögensbegriff, speziell um das Gegensatzpaar : objektiver oder subjektiver Vermögensbegriff. Der objektive Vermögensbegriff wird dadurch gekennzeichnet, daß er das subjektive Interesse des einzelnen Vermögensträgers an den Vermögensobjekten vollkommen vernachlässigt und den Rechtsschutz auf rein materielle, wirtschaftliche Werte beschränkt. Die persönlichen Beziehungen, die den Menschen mit den Gegenständen der Umwelt verknüpfen, werden vom objektiven Vermögensbegriff bewußt ausgeklammert, vom subjektiven Vermögensbegriff dagegen in den Vordergrund geschoben. Zwar bildet auch für die subjektive Theorie das Angriffsobjekt die systematische Grundlage des Betrugsdeliktes, dieses Angriffsobjekt wird jedoch in engster Verknüpfung mit der Person gesehen : Der subjektive Vermögensbegriff berücksichtigt in seiner dogmatischen Anlage weitgehend den Schutz immaterieller Interessen. Beide Begriffsbestimmungen bewegen sich, wie Hirschberg richtig gesehen hat (210), auf verschiedenen Ebenen. Der objektive Vermögensbegriff richtet sich aus an den Angriffs o b j e k t e n , der subjektive Vermögensbegriff bezieht sich auf die rechtsschutzwürdigen individuellen Interessen des Vermögensträgers. Daraus folgt aber: Vermögens o b j e k t e (die Gegenstände also, deren Gesamtheit das Vermögen ausmachen) sind immer miteinander vergleichbar, sie sind austauschbar und verschiebbar; I n t e r e s s e n dagegen sind dies infolge ihrer Vielgestaltigkeit und Verschiedenartigkeit (Inkommensurabilität) in der Regel nicht. Die Formulierung der Stoffgleichheit als der Identität der O b j e k t e von Vor- und Nachteil läßt sich infolgedessen nur bei Anerkennung der o b j e k t i v e n Schadens- und Vermögenstheorie durchführen. Umgekehrt gilt: Wird die Stellungnahme zum Gegensatz von objektiver und subjektiver Theorie

(210) Vermögensbegriff usw. S. 21

durch die Identität der Objekte präjudiziert (211) , so gelangt man automatisch zum objektiven Vermögensbegriff. Die Identitätstheorie selbst wird dadurch weder bewiesen noch widerlegt. Methodisch fehlerhaft ist nur die logische Reihenfolge der Erkenntnisphänomene: Aus der Stoffgleichheit kann man nicht das Wesen des Vermögensbegriffes ableiten; es gilt das Umgekehrte ! Aus dem jeweils gewählten Vermögensbegriff lassen sich Schlüsse auf das Verhältnis der Derivate dieses jeweils gewählten Vermögensbegriffes , nämlich auf das Verhältnis von Vermögensschaden zum Vermögensvorteil, herleiten.

Einer Stellungnahme zum objektiven oder subjektiven Vermögensbegriff bedarf es hierbei allerdings nicht. Der soziale Sinn- und Zweckzusammenhang als immaterieller Wert hat nämlich auf die Unübertragbarkeit der mit diesem Zweckzusammenhang verbundenen O b j e k t e keinen Einfluß. Argumentiert man so wie Hirschberg und Gutmann es tun, dann entfällt die Unübertragbarkeit, sobald man dem entzogenen Vermögensbestandteil einen wirtschaftlichen Wert zuspricht. Geht man aber von einer generellen Unübertragbarkeit immaterieller Werte aus, so entschließt man sich automatisch für eine personale und subjektivistische, psychologistische Interpretation des sozialen Zweckes : Der Zweck wird von der Person und ihren Intentionen her bestimmt, das G e f ü h l des Schenkenden beinhaltet und bestimmt den sozialen Zweck. Dann muß man sagen : Fühlt sich der Gebende um diesen Zweck und seine Erreichung gebracht, dann fühlt er sich geschädigt und folglich i s t er auch geschädigt. So formuliert Hirschberg zum Beispiel (212): "Wer Vermögenswerte hingibt gegen immaterielle Werte, nämlich das Gefühl der moralischen Befriedigung, einem Bedürftigen geholfen zu haben, der vermindert freiwillig sein Vermögen".

(211) so ausdrücklich Hirschberg a.a.O. S. 343

(212) Vermögensbegriff a.a.O. S. 314

Ganz abgesehen davon, daß man sich hier für einen personalen und subjektivistisch-psychologistischen Vermögensbegriff entscheidet, geht diese Argumentation auch an der Sache selbst vorbei. Beim Betrüge weiß der Betrogene (der Getäuschte) ja niemals die Wahrheit, d.h. er kennt nicht die realen und konkreten Umstände und Voraussetzungen, unter denen er seine Verfügung trifft. Der Schenker fühlt sich subjektiv nicht geschädigt, glaubt er doch, mit seiner Gabe einen bestimmten Zweck erfüllt zu haben. Die Zweckvereitelung kann demnach in den Fällen der unentgeltlichen Zuwendungen niemals im "Innen" des Spenders liegen, sie ist vielmehr im "Außen", d.h. in der Welt des Sozialen zu suchen. Nicht im Subjektiven, sondern im Objektiven ist die Verfehlung des sozialen Zweckes zu finden.

Die Subjektivierung der sozialen Zweckvereitelung ist zudem ein Widerspruch in sich. Der Begriff des Sozialen ist frei von subjektiv-psychologischen Attributen, er wird rein objektiv bestimmt (213). So formuliert Maihofer (214): "Immer bestimmt sich der Sinn des äußerlichen Verhaltens des Menschen in der Welt nicht nach seiner subjektiven Zwecksetzung und Sinngebung, sondern nach der objektiven Zweckhaftigkeit und Sinnhaftigkeit im Zusammenhang der sozialen Welt: vom Empfängerhorizont der Anderen".

Nicht aus der Personalität des immateriellen Wertbegriffes "Sozialzweck", sondern aus der eigentümlichen Zweckgebundenheit dieses Begriffes selbst folgt seine Unübertragbarkeit. Das Geldstück des Spenders ist ja nicht dauernd und ewig mit diesem konkreten Sozialzweck behaftet, sondern nur ad hoc aus der gegebenen Situation heraus fließt der ihm immanent zugeordnete soziale Zweck. So plötzlich, wie er dem Realwert: Geldstück zugeflossen ist, so schnell kann er sich auch verflüchtigen. In diesem Sinn "verflüchtigt" sich der Zweckgehalt der Spende ins Nichts, sobald der Vermögensgegenstand (das Geldstück) übertragen ist. Der soziale Zweck geht so oder so zugrunde: Entweder durch Zweckerreichung (der arme Bettler erhält die Gabe, Not wird gelindert)

(213) vergl. Maihofer, ZStW Bd.70, S. 168 ff;

Würtenberger, Geistige Situation S. 53 ff, 59

(214) Maihofer, Recht und Sein, S. 113

oder durch Zweckvereitelung (der reiche Bettler erhält die Gabe, Not wird nicht gelindert). Hieran wird deutlich, daß zum Wesen eines immateriellen Begriffes wie dem des sozialen Sinn- und Zweckgehaltes trotz engster Verknüpfung mit dem realen Vermögenssubstrat: Geld seine generelle U n ü b e r t r a g b a r k e i t gehört. Zur Stoffgleichheit im Sinne der Identitätsformel gelangt man in keinem der Fälle - ganz gleich, ob nun der soziale Zweck erreicht wird oder nicht.

VI. Einwände gegen die Theorie der Fehlleitung sozialgebundener Mittel.

Zwei Einwände allerdings werden heute gegen die hier vertretene Theorie der Fehlleitung sozialgebundener Mittel geltend gemacht. Einmal, der Gedanke der Fehlleitung zweckgebundener Mittel ließe sich nicht zu einem zuverlässigen w i r t - s c h a f t l i c h e n Bewertungsfaktor gestalten, sei also nicht meßbar, wägbar und damit etwas Irrationales, das dem Betrugstatbestand fremd sei (215). Zum anderen der Gedanke, die Fehlleitung zweckgebundener Mittel könne nur dann einen Vermögensschaden begründen, wenn man die Grenze vom Vermögensschutz zum (reinen) Freiheitsschutz überschreiten, den Betrug also als ein Delikt gegen die lügnerische Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit ansehen würde (216): Nicht mehr das Vermögen werde durch § 263 StGB geschützt; sondern die Freiheit der Willensentschließung. Das deutsche Strafrecht unterscheide aber deutlich zwischen den Delikten, die sich gegen das Vermögen richten, und solchen, die sich gegen die Person und die Freiheit ihrer Willensentschließung richten. Das Interesse an der Dispositionsfreiheit finde seinen Schutz aber einzig in den Vorschriften der §§ 240, 249, 253, 255 StGB; die Beeinträchtigung der Willensfreiheit, d.h. die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung, sei daher durch die Begehungsform der "Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel" qualifiziert. Ein zwingendes argumentum e contrario verbiete deshalb, ihren Anwendungsbereich auf die Begehungsform der Täuschung zu erstrecken (217).

- (215) vergl. Gutmann MDR 1963, 94. Dazu auch Mezger DR 1940, 286.
- (216) OLG Hamburg NJW 1962, 1407 mit Anm. Schröder JR 1962, 431/432;
 Welzel, Deutsches Strafrecht (8.Aufl.) S. 316;
 Bockelmann DR 1942, 1114;
 Gutmann MDR 1963, 3 ff (5);
 Maurach NJW 1961, 629;
 Eb.Schmidt, Die Sache der Justiz, 1961, S. 37/38;
 Franzheim GA 1960, 271. Ähnlich auch Englisch, v. Weber-Festschrift S. 256;
 H. Mayer, Strafrechtsreform S. 77.

Wörtlich führt Maurach a.a.O. 630 aus :
 "Wenn die Rechtsprechung in der Vereitelung wohlfahrts-
 politischer Interessen eine Vermögensbeschädigung des
 Staates sehen will, so schützt sie in Verkennung des
 § 263 StGB in Wahrheit immaterielle Interessen,
 deren Verteidigung durchaus außerhalb der Reichweite
 des § 263 StGB liegt".

Und Gutmann (MDR 1963, 5) fährt fort:
 "Die oben aufgezeigten Gefahren zum Problem der
 Dispositionsfreiheit tauchen auch hier (scil. im
 VW-Aktien-Fall) wieder auf.
 Der Betrug würde seinen Charakter als Vermögens-
 verschiebungsdelikt einbüßen. Denn was nicht zur
 Substanz gehört, kann aus ihr nicht verschoben werden".

Eb. Schmidt (Sache der Justiz, S. 37/38) führt aus:
 "Dem Begriff des "Vermögens" und der "Vermögensbe-
 schädigung" werden sittliche, vor allem aber indivi-
 duelle, auf die subjektiven Verfügungsinteressen des
 Vermögensträgers bezügliche Momente von bedenklich-
 ster Unbestimmtheit eingefügt. Und diese völlige
 Verflüchtigung des Begriffs des Vermögensschadens ins
 Subjektive, Individuelle führte zu einer Umgestaltung
 des Deliktacharakters des Betruges überhaupt :
 Betrug ist nicht mehr die durch Täuschung bewirkte,
 am Verlust meßbarer Werte feststellbare Vermögens-
 beschädigung, sondern lügnerische Beeinträchtigung
 der Dispositionsfreiheit. Vom gesetzlichen Tat-
 bestande her gesehen ist das eine Fehlentwicklung,
 in der sich wieder einmal ein Widerspruch zwischen
 Gesetzesrecht und Richterrecht dokumentiert".

- (217) vergl. Hirschberg, Vermögensbegriff im Strafrecht,
 Seite 22;
 Maurach, NJW 1961, 629; ders. Strafrecht BT
 4. Aufl. S. 304.

1. Die Sozialität des Vermögensbegriffes ist nicht meßbar :

Der erste Einwand, wonach die Sozialität des Vermögensbegriffes wirtschaftlich nicht meßbar sei, ist bereits (Seite 93 ff) behandelt worden. Dort wurde festgestellt, daß der Begriff des Wirtschaftlichen und damit auch die Begriffe Vermögensschaden und Vermögensvorteil über das rein Wirtschaftlich-Materielle hinaus erweitert werden müssen. Bei sozialrechtlicher Interpretation des Betrugstatbestandes wird der Vermögensbegriff nicht nur materiell-objektiv, sondern ebenso sozial-objektiv gesehen. Diese, dem sozialen Recht entsprechende Strukturwandlung des Betrugstatbestandes beruht auf einem neuen Begriff vom Menschen : Nicht auf den individualitätslosen, seiner Eigenart entkleideten, auf Konsum und Genuß angelegten Wirtschaftsmenschen ist der Vermögensbegriff zugeschnitten, sondern auf den konkreten Menschen in der Gesellschaft. Mit dieser Annäherung des juristischen Menschen (des "Rechtsmenschen") an die soziale Wirklichkeit spaltet sich der Vermögensbegriff in eine Mehrheit sozialer und jetzt auch rechtlich relevanter Erscheinungsformen auf, der Vermögensbegriff "entfaltet" sich. Will man aber soziale Tatsachen zu rechtlicher Relevanz erheben, indem man in den Vermögensbegriff ein soziales Zweckmoment hineinliest, dann kommt es naturgemäß auf die wirtschaftliche Potenz dieses Faktors nicht mehr an (218). Eine wesentliche Einschränkung ist hier jedoch hinsichtlich der inhaltlichen Bestimmung des Sozialen im Betrugstatbestand zu treffen. Das Vorliegen eines Vermögensschadens kann nicht ausschließlich subjektiv gesehen und in das reine Belieben des von seinen individuellen Bedürfnissen und Motiven getriebenen Menschen gestellt werden. Dies vertrüge sich nicht mit der sozialrechtlich-objektiven Deutung des Betrugsdeliktes. Mezger (219) will einen

(218) A.A. aber Mezger DR 1940, 287, indem er versucht, dem sozialpolitischen Wert und Zweck einen wirtschaftlichen Wert beizulegen.

(219) JW 1937, S. 1289 ff, 1293;
DR 1940, S. 287 = Anm. zu RGSt 73, 382

wirtschaftlichen Vermögensschaden nur in den Fällen der Fehlleitung sozialpolitisch gebundener Mittel annehmen, in denen der Sozialzweck Inhalt des Vertrages, also Vertragsbestandteil, geworden ist. Nur dann könne ein Sozialzweck einen selbständigen Vermögenswert besitzen, dessen Vereitelung eine Vermögensbeschädigung darstellt. Nun haben wir bereits gesehen, daß die wirtschaftliche Potenz des sozialen Faktors keiner isolierten Betrachtung und Bewertung fähig ist; dieser gewinnt seine Bedeutung vielmehr allein aus dem Umstand der sozialen Sinndeutung und Zweckbestimmung des Vermögens. Auch braucht die Fehlleitung sozialpolitischer Mittel durchaus nicht immer ein zivilrechtlich gültiges Rechtsgeschäft, also ein Vertrag, zugrunde liegen. Mezger ist aber darin Recht zu geben, daß ein wirtschaftlicher Schaden auch bei materiell-objektiver Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung nur dann angenommen werden kann, wenn der Sozialzweck inter partes übereinstimmend bekannt und gewollt ist, wenn seine grundlegende Bedeutung für den Vertragsschluß oder für das schlichte einverständliche Geben und Nehmen sich aus dem übereinstimmenden Willen beider Parteien, dem objektiven Verfügungszweck, dem keine besondere, zivilrechtlich gültige Abrede zugrundeliegen muß, ergibt. Der sozialpolitische Zweck muß gewissermaßen die objektive "Geschäftsgrundlage" der Verfügung sein, um bei seiner Vereitelung zu einem Vermögensschaden zu führen. Das bedeutet: Der von den Parteien verfolgte soziale Zweck muß das Maß der Leistung und Gegenleistung entscheidend beeinflussen; unerhebliche Motive der einen oder der anderen Partei können dabei nicht berücksichtigt werden. Ein Parteimotiv kann nicht schon durch die bloße Mitteilung an den Partner beachtlicher Geschäfts- und Verfügungszweck werden. Nicht die subjektiv-motivierenden Vorstellungen der kontrahierenden Parteien sind bestimmend für den Eintritt oder das Ausbleiben eines Vermögensschadens, sondern der objektive Zweck der Verfügung. Maßgebend ist die Gesamtheit derjenigen Umstände, ohne deren Vorhandensein, Fortbestand oder Eintritt der mit der

Verfügung (dem Geschäft) nach ihrem Inhalt bezweckten Erfolg (dem Verfügungszweck) durch die Verfügung trotz Gleichwertigkeit der einzelnen Austauschleistungen nicht erreicht werden kann.

Eine solche Betrachtung knüpft bei der Schadensberechnung weder an das Verhalten des Täters (Täuschung) noch an die Verhältnisse des Opfers an, sie wertet vielmehr das zwischen den beiden geschlossene Geschäft (die Verfügung) als solches nach seiner o b j e k t i v e n Bedeutung im sozialen Raum. Sie führt zu dem Ergebnis, daß ein Vermögensschaden immer dann anzunehmen ist, wenn - auch ohne Verminderung eines geldwerten Vermögensbestandes - durch die Täuschung eine dem objektiven Sinn und Zweck und damit dem Wesen des konkreten Geschäfts widersprechende Vermögenslage herbeigeführt wird.

2. Schützt § 263 StGB die Dispositionsfreiheit ?

Es gilt noch, den zweiten Einwand zu entkräften, der etwa folgenden Inhalt hat: Will man die Fehlleitung sozialpolitisch gebundener Mittel unter den Betrugsstatbestand subsumieren, so schützt man in Wahrheit die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit und nicht das Vermögen - dies selbst nicht unter Einbeziehung sozialer Komponenten.

Letztlich geht es bei diesem Streit um das scheinbar antinomische Gegensatzverhältnis : Vermögensbegriff - Dispositionsfreiheit um die Frage, was eigentlich unter dem Schlagwort der "Dispositionsfreiheit" zu verstehen ist. Dieser Sammelbegriff enthält oft nur schwer formulierbare im einzelnen auch kaum verifizierbare oder konkretisierbare Motivationsinteressen des jeweiligen Vermögensinhabers, die dieser mit seiner Vermögensverfügung durchgesetzt haben will. Oft sind es sittliche, subjektive, vor allem aber individuelle Interessen, Neigungen und Motive, die dem Begriff der Dispositionsfreiheit

unterfallen. Hirschberg (220) weist darauf hin, daß der Ausdruck "Dispositionsfreiheit" ein Sammelbegriff für zahlreiche, im einzelnen gar nicht so sehr bedeutungsvolle, oft gar nicht einmal bewußte Interessen ist. Werden dem Begriff des Vermögens (und damit dem der Vermögensbeschädigung) allerdings derartige Motive subintelligiert, so verflüchtigt sich der Vermögensbegriff ins rein Subjektive und Individuelle. Eine solche Dispositionsfreiheit kann niemals den Schutz des § 263 StGB genießen. Der Begriff derjenigen Dispositionsfreiheit, die in den Bereich des durch § 263 geschützten Vermögens mit einbezogen werden soll, kann sich daher richtiger Ansicht nach nur am Vermögen selbst orientieren; der Frage nach einer sonstigen Dispositionsfreiheit kann innerhalb des Betrugstatbestandes keine eigenständige Bedeutung beigemessen werden. Bei Zugrundelegung des heute vorherrschenden wirtschaftlichen Vermögensbegriffes zeigt sich nun, daß die Begriffe Vermögen und Dispositionsfreiheit einander nicht ausschließen, wenn sich die Dispositionsfreiheit nur im Rahmen des geltenden Vermögensbegriffes hält. Ja, es läßt sich sagen, daß "Vermögen" und "Dispositionsfreiheit" weitgehend zusammenfallen.

Vermögen ist wirtschaftliche Macht (221), es bedeutet als der Inbegriff von Gütern für seinen Träger die Quelle von Verfügungsmacht (222). Vermögen ist das materielle Haben, das, worüber man verfügen kann, sei es rechtlich (rechtliches Haben), sei es tatsächlich im Sinne voller Beherrschung (tatsächliches Haben) (223). Sieht man das Vermögen wirtschaftlich, d.h. in seiner notwendigen Beziehung zum wirtschaftlichen Wert, dann bedeutet es seinem materiellen Gehalt nach letztlich Sachherrschaft, oder - nach einem juristisch orientierten Vermögensbegriff - rechtlich geschützte Sachherrschaft.

(220) Vermögensbegriff im Strafrecht, S. 20

(221) RGSt 44, 233

(222) Hirschberg a.a.O. S. 21

(223) Hegler, ARWPh Bd. 9, 155

Wenn Vermögen aber Herrschaft bedeutet, so ist ein Eingriff in die Herrschaftsgewalt zugleich auch immer ein solcher in die Dispositionsgewalt und Dispositionsfreiheit. Wenn Vermögen wirtschaftliche oder rechtliche Macht, Kraft, Verfügungsgewalt bedeutet, so ist nicht einzusehen, warum zwischen diesem Vermögensbegriff und der Dispositionsfreiheit noch ein Bedeutungsunterschied gemacht werden soll. Der Betrug ist die Schmälerung, das heißt aber die Beeinträchtigung dieser Verfügungsmacht durch Selbstschädigung des getäuschten Opfers. Das Opfer wird durch einen widerrechtlichen Eingriff in seine Vermögensverfügungsmacht zu einer Selbstschädigung veranlaßt. Der Täter greift rechtswidrig in die Vermögensverfügungsfreiheit des getäuschten Opfers ein, um den Getäuschten zur Preisgabe eines Vermögensbestandteiles zu veranlassen. Den Eingriff in diese Vermögensdispositionsfreiheit des Opfers ist für den Täter das Mittel, um zu seinem Ziele (=Vermögensvorteil) zu gelangen, Geschützt wird also in der Vorschrift des § 263 StGB das Interesse des Vermögensinhabers an der Erhaltung seiner H e r r s c h a f t über die ihm unterstehenden Vermögensbestandteile. Schutz der Herrschaft aber bedeutet Schutz des Interesses daran, über die Bestandteile des eigenen Vermögens zur Erreichung bestimmter, selbst gewählter Zwecke (z.B. die Bestimmung einzelner Vermögensbestandteile als Mittel zur Beschaffung anderer Güter im rechtsgeschäftlichen Austauschverkehr) frei verfügen zu können (224). Und in dieser Verfügungs- und Dispositionsgewalt und Dispositionsfreiheit ist der Vermögensinhaber dann beeinträchtigt, wenn er seine Spende einem Reichen zukommen läßt, oder wenn er sich aufgrund einer Täuschung zu einer Leistung verpflichtet und wenn er entweder durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird oder wenn er infolge der

(224) vergl. auch Gallas, Eb.Schmidt-Festschrift
S. 405

Verpflichtung nicht mehr über die Mittel frei verfügen kann, die zur ordnungsmäßigen Erfüllung seiner Verbindlichkeit oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerläßlich sind (225). Denn in all diesen Fällen, in denen das Opfer der Täuschung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt oder in seiner Investitionsfreiheit beeinträchtigt wird, sind wirtschaftliche Interessen des Vermögensinhabers verletzt worden, die als vermögenswert anzusehen sind, weil zum Vermögen die Vermögensherrschaft- und -dispositions- und Dispositionsfreiheit gehört. In der Ausübung dieser Vermögensdispositionsfreiheit ist der Träger des Vermögens aber durch den Täter beeinträchtigt worden, so daß er geschädigt ist (226).

(225) vergl. BGHSt 16, 321 ff

(226) Daß das Vermögen (als Schutzobjekt des § 263) die Verfügungsmacht und ein Vermögensschaden die Verringerung der Verfügungsmacht und die Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers ist, wird besonders daran deutlich, daß ein Vermögensschaden bereits in der Eingehung einer Verbindlichkeit oder in der Aufgabe einer Rechtsposition bestehen kann (der Inhaber eines Vermögens verpflichtet sich obligatorisch zur Aufgabe eines Vermögensobjektes). Hierin liegt bereits eine Beschränkung der konkreten Verfügungsmacht über einen konkreten Vermögensbestandteil. Der Kaufvertrag beispielsweise verpflichtet den Verkäufer zur Übereignung, also zur Eigentums- und Besitzverschaffung der verkauften Sache (im Falle einer Speziesschuld). Dinglich ist zwar eine Rechtsänderung noch nicht eingetreten, der Verkäufer ist noch Eigentümer der verkauften Sache und kann - ungehindert durch jede Verfügungsbeschränkung - frei über sie disponieren. In Anbetracht der obligatorischen Rechtsfolgen (Schadensersatz nach §§ 440, 325 BGB) wird der Verkäufer in den meisten Fällen hiervon jedoch absehen. Die obligatorische Bindung des Verkäufers und Vermögensinhabers bedeutet für diesen einen unmittelbaren Verlust seiner Verfügungsmacht, fühlt er sich doch redlicherweise an die bestehende Verpflichtung gebunden. Für ihn gilt der Satz: *pacta sunt servanda*. Die zivilrechtlichen Schadensersatzsanktionen sind ein direktes und meist wirksames Druck- und Zwangsmittel hierfür.

Es hat sich also erwiesen, daß es falsch ist, den Betrug als ein Delikt gegen die Dispositionsfreiheit zu bezeichnen und ihm zugleich den Charakter eines Vermögensdeliktes abzusprechen. Dies freilich immer unter der Voraussetzung, daß die Dispositionsfreiheit stets in ihrer notwendigen Beziehung zum wirtschaftlichen Wert gesehen wird: Nur die wirtschaftliche resp. soziale Dispositionsfreiheit, also der Entzug oder die Beeinträchtigung der Verfügungsfreiheit wird durch die Vorschrift des § 263 StGB gedeckt, nicht die sittliche, individuelle, auf die subjektiven Verfügungsinteressen des Vermögens-trägers bezogene Dispositionsfreiheit. Vermögensdispositionsfreiheit ist also identisch mit (potentieller) wirtschaftlicher Verfügungsmacht. Sieht man dagegen in der Dispositionsfreiheit lediglich menschliche Motivationsbildungs- und einseitige Gestaltungsfreiheit ohne vermögensrechtlichen Inhalt und ohne Zweckbindung, das heißt Zuordnung an eine bestimmte soziale Komponente, dann allerdings handelt es sich bei der sogenannten Dispositionsfreiheit um reine Affektionsinteressen. Verliert der Getäuschte jedoch nicht nur seine solchermaßen gekennzeichnete "Dispositionsfreiheit", sondern darüber hinaus auch die Möglichkeit, durch anderweitigen Erwerb des gewünschten Gegenstandes seine Wirtschaftspläne in die Wirklichkeit umzusetzen, dann ist es klar, daß es sich hierbei nicht nur um den Verlust der "Dispositionsfreiheit" handelt, sondern darüber hinaus wirtschaftliche Interessen verletzt werden, die als vermögenswert anzusehen sind, weil die Möglichkeit ihrer Befriedigung durch den Besitz einer bestimmten Vermögensmacht (i.d.R. Geld) bedingt ist.

VII. Ergebnis :

Die Fälle der entgeltlichen und unentgeltlichen Leistung zur Erreichung eines vom Leistenden angestrebten wirtschaftlichen oder sozialen Zweckes haben mit aller Deutlichkeit gezeigt, daß der Betrug als Vermögensdispositionsdelikt ein intentionaler und dynamischer Prozeß

der Umformung von Vermögensmassen ist. Die Untersuchung hat ergeben, daß eine solche Umformung nicht nur dann geschehen kann, wenn die Subjekte als Vermögensträger (Zuordnungsobjekte) einer objektiven Vermögensmasse wechseln (wenn also der typische Fall der Disposition A ~~Vermögen~~ → B vorliegt), sondern auch dann, wenn das Vermögen selbst infolge eines dynamischen Umwandlungsprozesses sich eine solche Umformung gefallen lassen muß. Dies hat sich als möglich erwiesen, sofern man bereit ist, in dem bislang rein statisch konzipierten Begriff des Vermögens künftig dem Moment der Veränderung, Neubildung oder Vernichtung zweckgebundener Rechtsstellungen mehr Rechnung zu tragen. Denn für den Betrug ist ein vollendeter Subjektswechsel nicht erforderlich; der Subjektswechsel bei Identität (Konstanz) der Vermögensmassen ist also nur *e i n e* Form des vollendeten Betruges. Die andere Form ist die der Vermögensverfügung mit gleichzeitiger Vermögensveränderung, wobei natürlich von Identität der Objekte von Vorteil und Nachteil nicht mehr die Rede sein kann. In die bisher so starre Ausgestaltung des Betrugstatbestandes kommt damit ein variables Moment hinein, das der Rechtsprechung gestattet, sich ohne Verletzung der Betrugskonstruktion als Vermögensdelikt den wechselnden Verhältnissen und den historisch und soziologisch bedingten Vorstellungsänderungen anzupassen.

§ 9 Das Wesen der Stoffgleichheit

Überblickt man die Geschichte der Stoffgleichheit und die Versuche, das Problem der Stoffgleichheit einer Lösung näherzuführen, so gewinnt man den Eindruck, daß angesichts der Vielgestaltigkeit der Erscheinungsformen der Stoffgleichheit und auch der Wege zur endgültigen Aufklärung ihres Wesens eine gültige Aussage über sie bisher nicht getroffen werden konnte. Wenn die "zweite Variante" bezüglich der Definition des Vermögens vor der ersten Gültigkeit besitzt, so entfällt notwendig Stoff-Gleichheit im Sinne einer Substanzgleichheit (Identitätstheorie). Wie aber ist dann das Verhältnis von angestrebtem Vermögensvorteil und eingetretenem Vermögensschaden zu bestimmen? Die Revision des Begriffs der Stoffgleichheit wird nicht gelingen, solange es nicht gelingt, die einzelnen Erkenntnisse auf einen gemeinsamen Kristallisationspunkt zu beziehen und dem Begriff der Stoffgleichheit einen inhaltlichen Kern zu geben.

Vor jeder Begriffsbestimmung liegt die teleologische Sinndeutung dessen, was es zu begreifen gilt. Wenn Stoffgleichheit mehr sein soll als "bloße" Kausalität, dann dient das Requisit der Stoffgleichheit notwendig der teleologischen Begrenzung des Betrugsstatbestandes. Wenn nach fast einhelligem Urteil die Schädigung gegen Entlohnung von dritter Seite kein "Betrug" i.S. des § 263 StGB sein soll, so entspringt diese Eindämmung und Umgrenzung des Betrugsstatbestandes offensichtlich dem Bedürfnis, nicht jede vollendete Schädigung mit Bereicherungsmotiv zu bestrafen. Analysiert man gerade das erwähnte Beispiel, so fällt auf, daß der Lohn nicht Gegenstand des Betrugsaktes selber ist, vielmehr eine spätere oder frühere, aber außerhalb des Betruges selbst liegende Zuwendung, vergleichbar etwa der Wiedergutmachung, die auch zeitlich dem Betrugsakt nachfolgt und dadurch einen einmal entstandenen Schaden nicht aufzuheben vermag.

Der Lohn ist zwar eine vermögenserhöhende Zuwendung, die, für sich betrachtet, einen Vermögensvorteil bei dem begründet, der Empfänger des Lohnes ist bzw. dem dieser Lohn versprochen wurde. Das Entscheidende hieran ist jedoch, daß nach dem Prinzip der **K o m p e n s a t i o n** (und hier liegt ein umgekehrter Fall der Kompensation vor) ein zeitlich nachfolgender oder vorangehender Austausch von Leistungen rechtsirrelevant ist, ganz gleich, aus welcher "Richtung" die Leistung erfolgt, ob also vom Betroffenen selber oder von einem Dritten.

Ich glaube, der "Kristallisationspunkt", also der zentrale Anknüpfungspunkt zur Lösung des Problems der Stoffgleichheit, ist in den verschiedenen Stufen oder Strukturelementen des Betrugstatbestandes selbst zu suchen. Wir knüpfen hiermit an das oben Seite 8 ff Gesagte wieder an, wo ausgeführt wurde, daß der Stoffgleichheit keine eigenständige materielle Bedeutung **n e b e n** den Strukturelementen des Betruges zukommt, daß es sich bei ihr vielmehr ausschließlich um ein gedankliches Zwischenglied **i n n e r h a l b** des Betrugstatbestandes handelt. Um also das Wesen der Stoffgleichheit näher kennenzulernen, müssen wir sie mit den einzelnen Elementen (Aufbauelementen) des §-263 StGB in Verbindung bringen und fragen, ob sich vielleicht aus ihnen Schlüsse auf Existenz und Wesen einer Stoffgleichheit ziehen lassen. Mithin kann der "zentrale Anknüpfungspunkt" sein :

1. die Verfügung des Getäuschten
2. der Vermögensschaden des Geschädigten
3. der rechtswidrige Vermögensvorteil des Bereicherten.

I. Stoffgleichheit und Vermögensverfügung :

Das Problem der Dritt Vorteile.

1. Die mittelbare Schädigung eines fremden Vermögens gegen Entgelt.

Der Kristallisations- und Anknüpfungspunkt ist hier die Verfügung des Getäuschten. Machen wir uns daneben klar, daß der Betrug ein Bereicherungsverbrechen ist, so ist

der Betrug ein Bereicherungsabsichtsdelikt, bei welchem die eingetretene Bereicherung in einer gewissen kausalen oder funktionalen oder auch konditionalen Beziehung stehen muß zu dem Vorgang ("Akt"), der diese Bereicherung bewirken soll. Wenn die Beziehung zwischen Bereicherung und Schädigung in nichts weiterem als der Kausalität bestehen würde, m.a.W. auch eine solche Bereicherung ausreichen würde, die dem Täter von dritter Seite zufließt, so würde - streng genommen - der Betrugstatbestand zu einem reinen Schädigungsdelikt aufgeweicht, was er - bei einem Vergleich mit den §§ 303, 266 StGB und seiner Stellung im System der Vermögensdelikte nach - nicht ist (vergl. oben Seite 49 ff). Wenn der Täter gegen Entgelt die Sache eines anderen zerstört (durch Täuschung des Sachinhabers = mittelbare Täterschaft), so liegt in aller Regel eine Vermögensbeschädigung vor (22)) auf seiten des Opfers, eine Vermögenserhöhung auf seiten des Täters infolge der Belohnung. Damit gäbe es dann zwei Tatbestände der Sachbeschädigung : den der eigennützigen in Gestalt des § 263 StGB und den der uneigennützigen in Gestalt des § 303 StGB ! Dies Ergebnis würde in der Tat der ersten Variante nicht schwerfallen zu behaupten, da für sie Vermögen das einzelne Vermögensobjekt bzw. die Summe dieser Objekte ist (228). Für die zweite Variante ist dagegen die Doppelung der Tatbestände der Sachbeschädigung unannehmbar : Sachbeschädigung als Delikt gegen die individuelle, konkrete Materie und Betrug als typisches Vermögensdelikt mit Angriffsrichtung gegen die amorphe, individualitäts- und gestaltlose Masse "Vermögen" schließen einander notwendig aus: eine Kongruenz ist nicht möglich. Die Sachbeschädigung kann nie Tochterdelikt des Betruges sein oder umgekehrt, da die **A n g r i f f s o b j e k t e** (und nicht nur die

(227) nach h.M. immer, da wertlose Sachen nicht unter die Vorschrift des § 303 StGB fallen sollen. Hiergegen Erik Wolf (RG Festgabe Bd.V S. 60 Anm. 45) unter Hinweis auf § 302 ("geldwerte Sachen").

(228) Das RG (RGSt 17, 264 ff) bejaht in einem solchen Fall Betrug, ebenso bereits RGSt 8, 12/13: Die Handlung des (Forts. S. 111)

Art und Weise der Begehung) unterschiedliche Struktur und Qualität aufweisen. Die Erkenntnis, daß die (mittelbare) Zerstörung einer fremden Sache gegen Lohn eine vollendete Vermögensschädigung sein kann, verbunden mit einer angestrebten Vermögensvermehrung auf seiten des Täters, hilft uns nicht weiter. Die zweite Variante läßt eine solche Deutung, einen solchen Vergleich, wohl zu, verbietet es aber, hieraus irgendwelche Schlüsse auf eine gleichgelagerte Struktur von Betrug und Sachbeschädigung zuzulassen. Insofern kann, auch wenn sämtliche Tatbestandsmerkmale des Betruges erfüllt sein sollten, die (mittelbare) Zerstörung einer fremden Sache gegen Entgelt niemals Betrug nach § 263, sondern immer nur Sachbeschädigung nach § 303 sein; tertium non datur.

Und hier wird m.E. deutlich sichtbar, daß im Grunde die erste Variante, die das Vermögen in seinem äußeren Bestande sieht und zugleich die Sachbeschädigung gegen Bezahlung als Betrug auffassen kann (obwohl ihre Vertreter es nicht tun), nicht notwendig zur "Stoffgleichheit" im Merkelschen Sinne kommt.

Forts.v.S.110

(228) Getäuschten muß dem Täter direkt oder indirekt Gewinn vermitteln. RGSt 27, 217 ff formuliert: "Das Vorteil und Schaden dem Betrage nach oder der Substanz nach zusammenfallen, wird vom § 263 StGB nicht gefordert". Wenn in der Literatur (z.B. Mezger StBU II S. 184) aus dieser letzten Entscheidung teilweise der Schluß abgeleitet wird, das RG verneine hier eine Stoffgleichheit, so ist das nur bedingt richtig: Expressis verbis lehnt das RG die Identitätstheorie ab, gelangt infolge seiner Interpretation des Begriffs der "Absicht" in § 263 praktisch doch zur Identitätsformel. Insofern war die ausdrückliche Ablehnung der Stoffgleichheit (Identität) durch das RG unnötig.

Da prinzipiell eine Gleichstellung (im strukturellen, dogmatischen Sinn) von Betrug und Sachbeschädigung möglich ist, ist durch nichts bewiesen, wieso Substanz-Gleichheit eigentlich innerhalb des Betrugsstatbestandes vonnöten sein soll. Wenn sich die Vertreter dieser These auf das "ungeschriebene Tatbestandsmerkmal" der Vermögensverfügung berufen, da es nicht denkbar sei, daß ein Vermögensschaden nur durch Täuschung "verursacht werden könne (229), wenn weiter daraus gefolgert wird, "also" sei der Betrug ein Vermögensverschiebungsdelikt, so ist diese Folgerung ganz willkürlich. Das erste, die Prämisse, stimmt : Auch d e r Täter, der sein Opfer belügt und es dadurch veranlaßt, seine Sache selbst zu zerstören, kann diesen Erfolg nur durch das unmittelbare Handeln des Opfers erreichen. Aber ist das Zerstören der Sache "Vermögensverfügung ?" Nach der gängigen Definition schon; das Zerstören oder Wegwerfen stellt sich dar als ein Tun, das einen Vermögensschaden unmittelbar zur Folge hat. Womit bewiesen wäre, daß Betrug vorliegt. Der Satz : Aus der Idee der Vermögensverfügung folgt der Schluß von der "Verschiebung" des Vermögensobjektes, ist eben völlig willkürlich und ohne innere Beweiskraft.

2. Das Abbüßen einer Freiheitsstrafe für einen anderen gegen Entgelt.

Ebenso soll nach der Meinung einiger Schriftsteller (230) Betrug vorliegen, wenn jemand gegen Entgelt eine Freiheitsstrafe für einen anderen abbüßt (eigennütziger Betrug zum Nachteil des Staates, wobei der Vorteil in dem Versprechen der Belohnung gesehen wird). Es ist nun aber kaum zu begreifen, wieso jemand, der einen bereits inhaftierten Gefangenen gegen Entgelt befreit, mit

(229) RGSt 49, 16

(230) so Oppenhoff-Delius N 12 zu § 263. Ebenso RGSt 5, 279. Anders aber das Preuß. Obertribunal, GA Bd.2 S. 694

Gefängnis von einem Tag bis zu 3 Jahren bestraft werden soll (§ 120 StGB), derjenige aber, der etwas ganz ähnliches begeht (nämlich "Sitzen" für einen anderen, wodurch ebenfalls der staatliche Strafanspruch vereitelt wird), unter Umständen Zuchthaus bis zu 10 Jahren gemäß § 263 Abs. IV StGB erhält. Soziologisch und kriminologisch läßt sich ein solcher Unterschied im Strafmaß kaum rechtfertigen. Ein kluger Täter würde also erst für einige Tage in die Strafanstalt selbst gehen und sich dann befreien lassen, anstatt seinen Freund und zukünftigen Befreier sogleich für sich einsitzen zu lassen. Ähnlich gelagerte Sachverhalte erfahren eine unterschiedliche Behandlung, ohne daß ein zwingender Grund dafür vorläge.

3. Lösung der Fälle.

Im oben genannten Fall der mittelbaren Sachbeschädigung bzw. Sachentziehung durch Täuschung des Opfers gegen Belohnung sprechen der Wortlaut und der Sinn des § 48 StGB gegen die Annahme eines Betrugers. Als Mittel der geistigen Beeinflussung des Täters durch den Anstifter werden in dieser Vorschrift ausdrücklich das "Geschenk" oder "sonstige Versprechungen" genannt. Wenn A also den B anstiftet (mit dem Mittel des Geschenkes in Form einer Belohnung), dieser möge den C täuschen, daß dieser (der C) seine eigene Sache z.B. zerstört oder dem Untergang preisgibt, so wird A wegen Anstiftung zur Sachbeschädigung in mittelbarer Täterschaft aus §§ 48, 303 StGB bestraft; der Fall ist durch den ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes (§ 48 StGB) gedeckt (231).

-
- (231) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft S. 170 ff, spricht in diesen Fällen der mittelbaren Täterschaft von "Willensherrschaft kraft Irrtums". Zwar handelt C hier frei, er weiß jedoch nicht, was er tut. Die "sinngestaltende Überdetermination" gibt dem B die Willens- und Tatherrschaft : B lenkt den Sinn des konkreten Handlungsgeschehens !

Es besteht kein Anlaß, diese gesetzliche Interessenlage ("Annahme eines Geschenkes zur Erfüllung einer strafbaren Handlung") auch noch über § 48 StGB hinaus durch den Betrugstatbestand (§ 263) decken zu wollen.

Ganz ähnlich ist es mit dem "Gefängnis-Fall".

In Wahrheit fällt dieser Fall unter die Vorschrift des § 257 als persönlicher Begünstigung. Das Absitzen der Strafe für einen anderen gegen Entlohnung ist ein typischer Fall einer eigennützigen Begünstigung, der in den §§ 257, 258 StGB gesetzlich bereits geregelt ist ! Dabei ist hervorzuheben, daß der in diesen Vorschriften verlangte Vorteil anderer Natur ist als der Vorteil des § 263 StGB.

Einmal braucht nach h.M. der Vorteil, wie er in den Teilnahmevorschriften nach vollendeter Haupttat vorgesehen ist, nicht vermögensrechtlicher Art zu sein ; es kommen Vorteile jeder Art in Betracht (232), auch mittelbare Vorteile genügen. In Betracht kommt bei dieser Deliktsgruppe (§§ 257 - 259 StGB) das Erstreben j e d e r günstigeren Gestaltung der äußeren Lebensverhältnisse, sei es unmittelbar, sei es nur mittelbar; die Vorteilserlangung ist Triebfeder, Ziel und Motiv des täterschaftlichen Handelns. Der Beweggrund des Täters ist Selbstsucht und Eigennutz, vergl. § 27 a StGB. Nur so erklärt es sich, daß eine Stoffgleichheit zwischen Begünstigungs- bzw. Hehlereiobjekt und erstrebtem Vorteil nicht erforderlich ist (233); der Täter braucht also seinen Nutzen nicht etwa a u s der "gehehlten" Sache zu ziehen. Daher liegt z.B. Hehlerei vor, wenn der Täter die Sache verheimlicht oder beim Absatz mitwirkt gegen Entgelt, das nicht aus der Beute stammt !

4. Leitende Gesichtspunkte für die Lösung.

a) Man würde die Systematik des Gesetzes über den Haufen

-
- (232) Nachweise bei Maurach BT S. 691;
Schönke-Schröder VII § 257; VII 3 § 259;
Jagusch LK Anm. 7 b bb § 257; ders. Anm. 5 d § 259
(233) Schönke-Schröder VII 3c § 259

werfen, wenn man sämtliche Fälle des gewinnsüchtigen Handelns a u c h unter die Vorschrift des § 263 StGB subsumieren würde. Die Gewinnsucht schlechthin ist eben etwas anderes als die Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Die Gewinnsucht ist unterschwelliges, egoistisches Motiv, oder - wie die h.L. sagt - "Steigerung des berechtigten Erwerbssinnes auf ein ungewöhnliches, ungesundes, s i t t l i c h anstößiges Maß" (234). Den Vermögensvorteil in § 263 kennzeichnet etwas ganz anderes. Nicht das s i t t l i c h anstößige Verhalten oder der s i t t l i c h anstößige Erfolg ist strafbar, sondern der Vorteil, der r e c h t s w i d r i g ist. Die Ausgangspositionen beider Anschauungen sind grundverschieden (235) : einmal die Sittenordnung (Moralität), zum anderen die (formelle oder materielle) Rechtsordnung, oder anders ausgedrückt: h i e L e g a l i t ä t, d o r t M o r a l i t ä t. Beides sind Phänomene der Kulturwelt, die sich sicherlich überschneiden können (wie die Vorschrift des § 27 a StGB beweist), die I n t e r e s s e n r i c h t u n g beider Phänomene ist jedoch grundverschieden (236). Das innere Verhalten (die Moralität) tritt in den Gesichtskreis des Rechts (die Legalität) nur, sofern es ein äußeres Verhalten gewärtigen läßt. Zu Recht sagt Radbruch (237), daß die verbrecherische Gesinnung nur als die mögliche Quelle weiterer verbrecherischer Taten von rechtlicher Bedeutung sei. Das heißt aber nichts anderes, als daß ein inneres Verhalten vom Recht nie um seiner selbst willen, sondern nur um der möglichen äußeren Folgen willen beachtet wird. Wenn es in der Vorschrift des § 27 a StGB heißt, daß bei einem Verbrechen oder Vergehen, das auf Gewinnsucht b e r u h t,

-
- {234} vergl. Schönke-Schröder Anm. II § 27 a
{235} so erklärt z.B. Kempermann (ZStW Bd. 57, 126, 141) mit Nachdruck, daß das subjektive Unrechtselement in § 263 StGB e t h i s c h indifferent sei !
{236} vergl. Radbruch, Rechtsphilosophie S. 132
{237} Rechtsphilosophie S. 133

die Strafe erhöht werden kann, so ist diese Vorschrift nichts weiter als eine Anwendung des eben Gesagten. Nicht die Gewinnsucht schlechthin wird unter Strafe gestellt, sondern diese nur dann, wenn sie zur Quelle verbrecherischen Tuns wird. Man kann daher nicht die Delikte, in denen die Gesinnung nur als Symptom künftiger Handlungen rechtlich erheblich ist, eo ipso zu Betrugsdelikten ummünzen. Beim Betrug sind Rechtsprechung und Lehre insoweit richtig verfahren, als daß sie das Moment der Vorteilsabsicht nicht als *M o t i v* des Handelns ansehen, sondern hierfür den *dolus directus* genügen lassen (238). Die Delikte mit motivierender Gewinnsucht (239) sind nicht - soweit mit ihrer Ausführung eine Täuschung verbunden ist - zugleich Delikte, die unter den Betrugstatbestand fallen. Legalität und - rechtlich anerkannte - Moralität stehen sich hier unversöhnlich gegenüber. Daß im Rahmen der Moralität auch Umstände mitberücksichtigt werden, die tatbestandsmäßig sind, ist (z.B. im Rahmen des § 27 a StGB) nicht ausgeschlossen (240).

- b) Daß der Betrug kein Delikt mit motivierender Gewinnsucht ist, ergibt sich schon aus der legislativen Möglichkeit, den Vermögensvorteil auch für einen *D r i t t e n* zu erstreben. Hier handelt der Täter gerade nicht eigennützig und gewinnsüchtig, sondern uneigennützig (fremdnützig !) und altruistisch. Der *e i g e n e* Vorteil ist kein betrugskonstitutives Element: ob bei fremdnützigem Betrug der Täter vom Dritten eine Provision (Belohnung) erhält oder nicht - am Tatbestand des verwirklichten Betruges ändert dieser Umstand nichts. Die Belohnung als ein

(238) vergl. Welzel NJW 1962, 20;
Binding, Lehrbuch I, 3. 365; ders. Normen II 2, 1069 ff;
Hegler VDB 7, 408, 434;
Merkel Krim. Abh. II S. 95 ff;
Schönke-Schröder VIII 1 a § 59;
Schwarz-Dreher 8 B § 263;
St 16, 1 ff; BGH NJW 1961, 684; OLG BGH Braunschweig
NJW 1961, 1273; NJW 1957, 600; Oldenburg NJW 1960, 2207
(239) §§ 133 II, 169, 184, 184a, 257, 258, 259, 300, 301,
§§ 302, 302a, b, c, e, aber auch § 211 (aus "Hagler") !

extensiver Vorteil begründet hier nicht den fremdnützigen Betrug, sie ist für die Bejahung des Betruges gleichgültig, es kommt auf sie nicht an. Der (fremdnützige) Betrug wird einzig und allein durch die ungerechtfertigte Leistungsverchiebung vom Opfer auf den Bereicherungsempfänger begründet. Nicht anders aber kann es beim eigennützigen Betrug sein, da er sich dogmatisch und konstruktiv in seinem architektonischen Aufbau vom fremdnützigen Betrug bis auf die Subjektsverschiebung auf der Seite des Bereicherungsempfängers nicht unterscheidet. Auch hier kann es nur auf die Leistungsverchiebung (Zuwendung) vom Opfer auf den Täter und Bereicherungsempfänger ankommen, wie vorher in den Fällen des fremdnützigen Betruges auf die Zuwendung vom Opfer auf den Dritten.

II. Der Betrug als kupiertes Erfolgsdelikt. Eine Methodenfrage der Rechtswissenschaft

1. Für die hier vertretene Auffassung (nämlich einen externen Vermögensvorteil von seiten Dritter auszuschließen) spricht auch die Konstruktion des Betruges als eines sog. kupierten Erfolgsdeliktes (241). Wir haben bereits gesagt, der Betrug sei ein Delikt mit "überschießender Innentendenz" (242), ein Delikt also, bei dem auf der Innenseite etwas verlangt wird, dem äußerlich-objektiv nichts korrespondieren muß. Die Delikte mit einer solchen "überschießenden Innentendenz" lassen sich nun unterteilen in die schon erwähnten "kupierten Erfolgsdelikte" und die "verkümmert zweiaktigen Delikte" (243).

(240) BGHSt 3, 30; BGH JR 1962, 185

(241) Der Ausdruck stammt von Binding, Lehrbuch I 1 S. 12

(242) Hegler, ZStW Bd. 36, S. 31

(243) vergl. M.E.Mayer, Lehrbuch AT S. 123; Hegler, Frank-Festgabe Bd. I S. 311; Mezger, Der Sinn der strafrechtlichen Tatbestände

Das allgemeine Kennzeichen der verkümmert zweiaktigen Delikte (244) ist, daß der zweite Akt - z.B. die Täuschungshandlung in § 265 StGB - sich nicht schon bei Begehung des ersten Aktes abzuspielen braucht (also nicht bereits beim Inbrandsetzen der versicherten Sache). Es wird nur vorausgesetzt, daß "der erste Akt von der Absicht beherrscht wird, den zweiten vorzunehmen" (245). "Es sind dies ... Fälle, in denen das objektiv geforderte Verhalten gewollt sein muß als Mittel zur Vornahme möglichkeit weiterer Handlungen, Akte des Täters selbst" (246). Der erste Akt beim Versicherungsbetrug ist z.B. die Inbrandsetzung der versicherten Sache, als weitere Tätigkeit kommt die Täuschungshandlung des Täters hinzu, um beim Versicherer einen Irrtum zu erregen. Der erste Akt der Münzverfälschung (§ 146 StGB) ist die Herstellung falschen Geldes, der sich anschließende zweite Akt die Verwendung des Geldes.

Bei den Erfolgsabsichtsdelikten (kupierte Erfolgsdelikten) (247) handelt es sich um einaktige, nicht mehr um zweiaktige Tatbestände, die zwar ebenfalls eine bestimmte Absicht voraussetzen (s.O.), aber eine Absicht, zu deren Verwirklichung keine neue Handlung, kein zweiter

(244) Beispiele bei Hegler, Frank-Festgabe
Band I Seite 315, Anm. 1

(245) M.E.Mayer, Lehrbuch At S. 123

(246) Hegler, Frank-Festgabe Bd. I S. 315

(247) Beispiele bei Hegler,
Frank-Festgabe a.a.O. S. 312
Anm. 5

(248) M.E. Mayer, Lehrbuch At S. 123

A k t erforderlich ist. Die Absicht (z.B. die der Vorteils-
sicherung in § 257) "pflegt ohne weiteres als eine F o l g e
oder B e g l e i e r s c h e i n u n g des e i n e n
Aktes aufzutreten" (248). So wird z.B. der Begünstigungs-
zweck in § 257 durch die objektiv in § 257 geforderte
Begünstigungshandlung - sofern dieser Zweck erreicht wird -
verwirklicht; die Handlung muß objektiv geeignet sein, den
Begünstigungseffekt zu bewirken (249). Hierzj reicht in
der Regel jede von einer Begünstigungstendenz getragene
Handlung aus. Eine e r n e u t e Tätigkeit des Täters
der Begünstigung wird nicht verlangt. In den sog. kupierten
Erfolgsdelikten - und dies ist das Resümee aus dem eben
Gesagten - muß "das objektiv geforderte Verhalten
gewollt sein als Mittel zur Erreichung eines über dasselbe
hinausliegenden äußeren Erfolges" (250), nicht aber zur
Vornahmemöglichkeit weiterer Handlungen (Akte). Dieser
überschießende Erfolg muß "ohne weiteres" und "von selbst"
dem ersten Akt folgen, und zwar ohne weiteres Zutun
des Täters oder auch eines mit ihm verbundenen Dritten (251):
Es sei nur auf die Vorschriften der §§ 236, 237 StGB
hingewiesen, in denen bei den Zweitakten "Unzucht" und "Ehe"
nicht nur der Täter a l l e i n die weitere Tätigkeit
vollzieht, sondern im engsten Zusammenwirken mit dem Dritten,
der sich mit ihm - gewollt oder ungewollt, bewußt oder
unbewußt - verbindet. Zwar ergibt sich diese Verbindung des
Täters mit dem Dritten aus der "Natur der Sache" - Unzucht
kann man nur mit anderen treiben -, sie verleiht dem
betreffenden Delikt aber erst den spezifischen Unrechtsgehalt.
Das Wesentliche dieser Deliktsgruppe ist, daß zur
Verwirklichung des vom Täter angestrebten Erfolges vom
Täter keine neue Handlung, kein erneutes Tätigwerden, verlangt

(249) vergl. RGSt 76, 123;
BGHSt 4, 225

(250) Hegler a.a.O. S. 312

(251) Hegler, Frank-Festgabe I S. 312, 315 Anm. 2;
M.E.Mayer AT S. 123;
Mezger, Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände
(Traeger-Festschrift) S. 21

wird. Anders dagegen in den Fällen der sog. verkümmert zweiaktigen Delikte: Dort tritt das subjektiv "Überschießende" nicht von selbst ein, sondern durch einen (erwarteten) zweiten, dem ersten nachfolgenden und mit ihm im Zusammenhang der Mittel - Zweck - Relation stehenden erneuten Akt der (teilweisen) Tatbestandsverwirklichung: die Tat wird gewollt als "subjektives Mittel zu weiterem Handeln" (252).

2. Der Betrug als kupiertes Erfolgsdelikt ?

Es fragt sich nun, in welche der beiden Kategorien der "Absichtsdelikte" der Betrug einzuordnen ist. Das methodologische Problem der richtigen Systematisierung stellt sich hier nämlich im Hinblick auf die Stoffgleichheit: Fordert man den Ausschluß des externen Vermögensvorteils im Rahmen der Bereicherungsabsicht des § 263 StGB, so gehört der Betrug zur zweiten Gruppe (kupierte Erfolgsdelikte), denn die Bereicherung wird innerhalb dieser Gruppe nicht aufgrund eines erneuten Aktes von seiten des Täters oder des Opfers erlangt, sondern durch die und a u f g r u n d der ersten Schädigung. Verzichtet man dagegen auf das Erfordernis des internen Vermögensvorteils, indem man einen externen Drittverteil (z.B. in Gestalt einer Belohnung) ausreichen läßt, dann wird der Betrug in einigen Fällen zum verkümmert zweiaktigen Verbrechen: Der Schädigung (erster Akt) folgt eine Bereicherung (zweiter Akt). Mit anderen Worten : gelänge es uns zu beweisen, daß der Betrug kupiertes Erfolgsdelikt ist und nicht ein verkümmert zweiaktiges Delikt, so hätten wir zugleich die "Stoffgleichheit" insofern und insoweit bestimmt, als wir den Drittverteil als einen rechtswidrigen Vermögensvorteil i.S. des § 263 StGB ausgeschlossen haben: kann doch der Drittverteil

(252) Mezger a.a.O. S. 21

immer nur durch einen dem ersten nachfolgenden zweiten Akt des Täters (Annahme des Geschenkes) und/oder eines Dritten, der sich mit dem Täter verbündet, erlangt werden (Angebot des Geschenkes von seiten des Dritten).

Nun haben wir bereits gesehen, daß der Betrug ein typisches **B e r e i c h e r u n g s d e l i k t** ist, und nicht etwa bloß ein Schädigungsdelikt mit der Bereicherungsabsicht als tragendes **M o t i v**. Das bedeutet aber, daß die Absicht der rechtswidrigen Bereicherung in § 263 StGB dieser Vorschrift erst das ausgesprochene Gepräge und ihren Charakter verleiht (253). Das objektiv verlangte Verhalten in § 263 (=Schädigung) kann dann nicht allein die Rechtswidrigkeit des Betruges begründen; die Rechtswidrigkeit im Sinne einer Antisozialität des Verhaltens des Täters liegt dann wesentlich im Subjektiven begründet. Es handelt sich, wie Hegler (254) einmal gesagt hat, beim Betrug um "eine Bestrafung ohne rechtswidrigkeitsrelevantes **ä u ß e r e s** Verhalten oder mit stark reduziertem rechtswidrigkeitsrelevantem äußeren Verhalten" (255). Wenn nun aber die materielle Rechtswidrigkeit wesentlich im Subjektiven liegt, so muß sich diese Tatsache auch für den **V e r s u c h** des Betruges auswirken. Der Versuch des Betruges, also auch der Versuch der Verwirklichung der Bereicherungsabsicht, beginnt nach dem strukturellen Aufbau des Tatbestandes des § 263 StGB spätestens mit der Täuschungshandlung des Täters; diese ist intentional auf die Verwirklichung des materiellen Unrechtsgehaltes des Betruges gerichtet. Wenn aber die Täuschung

-
- (253) "Das Vorhandensein dieser subjektiven Momente (sc. bei den kupierten Erfolgsdelikten) erscheint also als entscheidendes Moment für die Annahme des Vorliegens sozialschädlichen Verhaltens bzw. eines bestimmt sozial - schädlichen Verhaltens" (Hegler, Frank-Festgabe I, 278).
- (254) Frank-Festgabe I S.300. Ebenso Schaffstein (Festschrift für R. Schmidt, 1936, S. 68), nach welchem die Bereicherungsabsicht beim Betrug den rechtsgutsverletzenden Charakter des **ä u ß e r e n** Verhaltens überhaupt nicht berührt.
- (255) dies zeigt sich m.E. bereits daran, daß der Gesetzgeber die Zuwendungsseite (Bereicherung) verkümmert und verobjektiviert hat, anstatt sie objektiv zu formulieren als selbst- oder fremdnützige Bereicherung auf Kosten eines anderen. Mit der vom Gesetzgeber vorgenommenen Vordatierung des Erfolges (d.h. der Rechtsgutsverletzung) ins Subjektive wird doch zum Ausdruck gebracht, daß die Gefährlichkeit und die Sozialschädlichkeit, m.a.W. der (Forts.S.122)

sich als ein Anfang der Ausführung der versuchten Bereicherung (=Bereicherungsabsicht) darstellt, so bilden sämtliche objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des Betruges eine Bewertungseinheit in dem Sinne, daß die Tat gewollt wird als "objektiver Grund zu weiterer Folge" (256), nicht aber als "Mittel zu weiterem Handeln". Wäre nämlich das letztere der Fall, so würde der Tatbestand des § 263 durch eine Z ä s u r gespalten, die Täuschung wäre nicht mehr der Anfang der Ausführung des zweiten Aktes (=weiteres Handeln zur Herbeiführung der Bereicherung), sondern lediglich Vorbereitungshandlung. Der Versuch des Betruges beginnt aber nach h.M. (257) mit der Täuschungshandlung. Die Rechtsprechung hat z.B. in der Fälschung einer Urkunde dann nur eine vorbereitende Handlung zum Betrug angesehen, wenn diese Urkunde nur deswegen gefälscht wurde, um sie später einem anderen gegenüber zu gebrauchen (258). Eine vorbereitende Handlung zum Betrüge stellt es ferner dar, wenn jemand die Fabriknummer am Rahmengestell eines gestohlenen Fahrrades fälscht, um den Eigentümer über die

(255) Unrechtsgehalt des Betruges in der (angestrebten) B e r e i c h e r u n g des Täters oder des Dritten liegt. Der V e r s u c h der Bereicherung steht - gemessen an der Sozialschädlichkeit - der Vollendung wertungsmäßig gleich, womit sich übrigens auch die legislatorische Gleichsetzung erklärt. Die Erklärung der sog. subjektiven Unrechtselemente findet sich übrigens - worauf Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre S.21/22, 61 ff, Stratenwerth, SchwZStr Bd. 79, 241 und Lange, ZStW Bd. 63, 480 hingewiesen haben - in rein gesetzestechnischen Umständen : Der teleologische Sinn dieser Bildung kommt klar in der Neufassung des § 267 StGB im Jahre 1943 (RGBl I, 339) zum Ausdruck. Statt der Rechtsgutsverletzung wird die Rechtsgutsgefährdung bestraft (Vorverlegung des Rechtsgüterschutzes). Was früher als Versuch bestraft wurde, wird nun tatbestandliche Vollendung, nichts weiter ! (Vergl. schon Hegler, ZStW 36,33). Ob also der Gesetzgeber die rechtswidrige Bereicherung im Betrugstatbestand objektiv oder subjektiv gefaßt hat oder faßt, ist eine rein technische Frage, welche die theoretische oder praktische Bedeutung des Problems der Stoffgleichheit in keiner Weise berührt.

Identität des Rades zu täuschen (259). Ebenso wenn gegen Diebstahl versicherte Sachen beiseite geschafft werden, um demnächst bei der Versicherungsgesellschaft einen Schaden anzumelden (260). Verallgemeinert man diese eben genannten Beispiele, so erkennt man - obwohl es von vornherein nicht an der Finalität einer beabsichtigten Bereicherung gefehlt hat (der Täter tut das Ganze nur zu dem Zweck, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen) - klar den zweiaktigen Charakter dieser "Tatbestandsformen". Der Beginn der Verwirklichung des ersten Aktes (z.B. Beiseiteschaffen der Sachen, Fälschung der Fabriknummer, der Urkunde usw.) ist aber noch nicht der Anfang der Ausführung des zweiten Aktes. Dies wird sofort verständlich, wenn man sich das Handlungsgefüge dieser Sachverhalte vor Augen führt. Zwischen den ersten Akt und den Beginn des zweiten Aktes schiebt sich jeweils eine Intervention des Täters oder eines mit ihm verbundenen Dritten; es fehlt an der nahtlosen Verkoppelung beider Akte. M.a.W.: es fehlt an der Unmittelbarkeit des Anschlußaktes. Der Versuch beginnt aber erst mit einer solchen Handlung, die - unabhängig von den verschiedenen Versuchstheorien - nach dem Gesamtplan des Täters unmittelbar zur Gefährdung des geschützten Rechtsgutes führt, d.h. hier: unmittelbar zur Verwirklichung der Verletzung des materiellen Schwerpunktes des Betruges, nämlich der Bereicherung. Zu einer solchen Unmittelbarkeit der Interessenverletzung (Verwirklichung der Bereicherungsabsicht) gelangt man aber nur über die Konstruktion des Betruges

(256) Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände S. 21

(257) Vergl. RGSt 70, 157; 72, 66;
RG JW 1930, 2549

(258) RGSt 70, 157

(259) RKG 1, 216

(260) BGH NJW 1952, 430

als eines kupierten Erfolgsdeliktes, bei dem der "zweite Akt" (die Bereicherung) schon in der Verwirklichung des ersten Aktes (in der Schädigung) enthalten ist und keiner erneuten Anstrengung seitens des Täters oder eines Dritten bedarf. Das Grund - Folge - Verhältnis läuft mit der geforderten Unmittelbarkeit (=Einaktivität) parallel, nicht aber ein Mittel - Zweck - Verhältnis zwischen der Vermögensschädigung und der angestrebten Bereicherung, wie es uns bei den zweiaktigen Delikten begegnet ist. Die rechtswidrige Bereicherung ist also das notwendige Durchgangsstadium der rechtswidrigen Schädigung des Opfers und umgekehrt. Der Betrug ist kupiertes Erfolgsdelikt, bei welchem Stoffgleichheit unter Ausschluß des Dritt Vorteils vorliegt.

Durch diese Betrachtungsweise beheben sich, wie mir scheint, eine Reihe von Schwierigkeiten, mit denen die Lehre von der Stoffgleichheit zu kämpfen hat. Und darauf kommt es, meine ich, allein an. Man kann diesen Grundgedanken nicht durch den Nachweis widerlegen, daß einzelne Erscheinungen, Wirkungen und Funktionen der Rechtswelt diesen Überlegungen nicht entsprechen. Hier dürfte namentlich die Täuschung durch Provisionsvertreter eine Rolle spielen. Der bedingte Anspruch auf Provision stammt aus dem Vermögen des Unternehmers, also eines Dritten. Liegt hierin nicht eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach bei kupierten Erfolgsdelikten der externe Vorteil nicht "von selbst" und ohne weiteres entsteht, sondern infolge eines nachaktigen Handelns, und zwar entweder von seiten des Täters oder eines mit ihm verbundenen Dritten ? Der Dritt Vorteil in den Vertreter-Fällen entsteht in der Tat "von selbst" und "ohne weiteres" durch die nämliche Verfügung, die auch den Schaden des Bestellers begründet. Ein nachaktiges Tun ist für die Begründung und für das Entstehen dieses Vorteils nicht notwendig ! Wir haben es hier mit einer Ausnahme zu tun, welche die Gültigkeit der aufgestellten Regel nicht umstößt. Der Grund für diese Ausnahme ist nämlich in der besonderen gesetzlichen Regelung der §§ 87, 87a HGB zu finden, wonach mit dem Abschluß des Vertrages zwischen Besteller und Vertreter der bedingte Provisionsanspruch zur Entstehung gelangt.

3. Die Objektivierung der Bereicherungsabsicht

Ganz klar erscheint das eben Ausgeführte dann, wenn man - wie Hegler (261) es einmal in einem ganz anderen Zusammenhang vorgeschlagen hat - das subjektive Element des Betruges, nämlich die Bereicherungsabsicht, o b j e k t i v i e r t, sie also in die Welt der äußeren Erscheinungen transponiert, sie in "Außenweltsmomente" umdeutet. Die psychische Absicht der Bereicherung soll also - ein rein hypothetisches Gedankenspiel - zur objektiv erlangten und vollendeten Bereicherung avancieren. Was ergibt sich daraus für das Prinzip einer Stoffgleichheit? Ich meine folgendes:

- a) Vorauszuschicken ist noch, daß die Objektivierung als heuristisches Prinzip nicht den Gesamtcharakter des Deliktes beeinträchtigen darf, also den Schwerpunkt der materiellen Rechtswidrigkeit nicht verlagern darf. Das bedeutet: der b e a b s i c h t i g t e Erfolg muß sich in der Welt der äußeren Erscheinungen total objektivieren lassen als ein durch die Handlung v e r u r - s a c h t e r Erfolg. Objektivieren aber bedeutet nichts anderes als das Subjektive a l s Objekt herausstellen, als Objekt denken: das g l e i c h e Phänomen wird einmal bloß gedacht (=Subjektivität), das andere Mal vergegenständlicht, dinglich-sachlich gesehen. Der I n h a l t des Phänomens ("Bereicherung") verändert sich durch den Vorgang der Objektivation (Vergegenständlichung) nicht im geringsten.

Dies ist deshalb wichtig, weil durch den Vorgang der Objektivation der Tatbestand des Betruges seinem materiellen Gehalt nach nicht verändert werden darf - sonst fehlt die Basis des Vergleichens bei der Gegenüberstellung von Subjektiv und Objektiv -, hier aber auch nicht verändert wird. Denn das Objekt (die Bereicherung) ist in jedem Fall das Korrelat zum Subjekt (die Absicht der Bereicherung); es ist das, worauf sich die Akte des Subjekts richten: es ist einmal das intentionale, gedachte und vorgestellte Objekt, das ohne den intendierenden Akt nicht existiert (=die Bereicherungsabsicht), zum

anderen ist es das reale Objekt, das vom Akt des Subjekts völlig unabhängig ist (=die tatsächlich eingetretene Bereicherung). Der Vorgang der Objektivation verschiebt gleichsam das Sujet aus der einen Seinssphäre in die andere : vom Subjektiv-Gedachten in die Sphäre des Objektiv-Realen, ohne das Sujet in seinem Inhalt selbst zu verändern.

- b) Nach diesen methodischen Zwischenbemerkungen kommen wir nunmehr auf die Sache selbst wieder zurück. Objektivieren wir den Tatbestand des Betruges, wie wir ihn in der Vorschrift des § 263 StGB vor uns haben, so gibt es zwei Möglichkeiten einer Objektivation. Entweder kann die Beschreibung lauten: "Wer das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher ... Tatsachen einen Irrtum bei diesem erregt oder unterhält, u n d sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschafft, wird wegen Betruges bestraft" (Definition 1). Die andere Möglichkeit der Objektivation ist folgende : "Wer sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil aus der Schädigung eines anderen dadurch verschafft, daß er diesen Täuscht usw., wird wegen Betruges bestraft", oder kürzer: "Wer sich oder einen Dritten a u f K o s t e n (oder: durch Schädigung) eines anderen dadurch rechtswidrig bereichert, daß er in diesem einen Irrtum erregt usw., wird ... bestraft", oder: "Wer einen anderen zu einer Verfügung bestimmt, die den Täter oder einen Dritten auf Kosten eines anderen bereichert, wird ... bestraft" (Definition 2).

Die Worte "auf Kosten eines anderen" enthalten eben die Schadenszufügung, so daß die letzten drei Definitionen inhaltsgleich sind.

Wir haben oben gesehen, daß die Methode der Objektivation zur Voraussetzung und gleichzeitig auch zur Folge hat, daß die Sujets in ihrem Inhalt nicht verändert

werden (durch die Objektivierung), nur ihre Existenz, ihre Seinsform sich ändert. Das heißt aber: Da Subjekt (=die vorgestellte Bereicherung in der Form der Bereicherungsabsicht) und Objekt (= die realisierte Bereicherungsabsicht in der Form der vollendeten Bereicherung) inhaltlich gleich sind, sich nur existentiell voneinander unterscheiden, muß sowohl die Definition 1 als auch die Definition 2 als Objektivierung mit dem Subjekt (= § 263 StGB) inhaltlich voll übereinstimmen, damit Gleichheit und Gleichwertigkeit erzielt werden. Prüfen wir also die beiden Definitionen daraufhin, ob sich der beabsichtigte Erfolg (§ 263 StGB) in der Welt der äußeren Erscheinungen (= die beiden Definitionen) hat objektivieren lassen als ein durch die Handlung verursachter Erfolg.

Die Definition 1 löst aus der Handlungs- und Erfolgseinheit sowohl die Kategorien der Finalität als auch die der Kausalität heraus. Der rechtswidrige Erfolg (=Bereicherung) stellt sich nicht als kausale und finale Folge der Schadensstiftung dar; der finale Sinn- und Zweckzusammenhang, die intentionale Einheit, die sinnvolle Verbindung von Schadens- und Vorteilselementen ist dem Tatbestand entzogen. Was geblieben ist, ist ein bloßes, zufälliges, zeitlich aufeinander erfolgendes Nacheinander mehrerer Akte. An die Stelle der sinnvollen Mittel - Zweck - Relation oder Grund - Folge - Relation (= § 263 StGB) ist nicht einmal die Ursache - Wirkungs - Relation getreten, ein "von selbst" sich abspielender Kausalzusammenhang, sondern nur ein rein äußerlicher Handlungs- und Erfolgsvorgang, dessen einziges Verbindungsglied Zeit und Zufall sowie ein erneuter verbrecherischer Akt des Täters sind - wobei noch offenbleibt, ob die Bereicherung zeitlich der Schädigung nachfolgt oder umgekehrt; denn ein sinnvoller und finaler Gesamtplan des Täters zur Verwirklichung seiner Bereicherungs-

absichten wird ja nach Definition 1 gerade nicht vorausgesetzt. Schon aus diesem Grunde kann die Täuschung nicht Anfang der Ausführung des zweiten Aktes sein.

Man sieht: Die Objektivierung hat nicht nur die F o r m des Sujets verändert, sondern darüber hinaus auch seinen I n h a l t, was aber dem Gesetz der Objektivierung entschieden widerspricht. Denn daß die Vorschrift des § 263 StGB inhaltlich anders aufgebaut ist als die Definition 1, versteht sich beinahe von selbst. Finalität und Kausalität sind in § 263 StGB geradezu die sinnvoll verknüpfenden Elemente der einzelnen Tatbestandsmerkmale. Die Definition 1 ist auf keinen Fall das richtige Korrelat der Subjektivierung (= § 263 StGB). Da aber nach der Definition 1 eine Stoffgleichheit nicht gefordert wird, sondern jeder Vorteil, woher er auch kommen mag, zur Unrechtsverwirklichung ausreicht, kann ein nämlches für den Betrug nach § 263 StGB nicht gelten: die Vorschrift des § 263 und Definition 1 sind i n h a l t s v e r s c h i e d e n ! Was für § 263 StGB zu gelten hat, ist jetzt vielmehr der Definition 2 zu entnehmen. Sind Definition 2 und § 263 StGB inhaltsgleich, so gelten für beide F o r m e n des möglichen Betruges die gleichen Wirkungen in der Rechtswelt. Liegt Inhaltsidentität bei Verschiedenheit der Seinsformen vor, so sind die Rechtswirkungen doch die gleichen.

Zunächst sollen hier die praktischen Konsequenzen der zweiten Definition aufgezeigt werden, um danach die Definition 2 mit der Vorschrift des § 263 StGB zu vergleichen. Definition 2 lautet ja etwa so: "Wer sich oder einen Dritten auf Kosten eines anderen rechtswidrig bereichert, wird ... bestraft". In dieser Definition werden natürlich die Handlungsmodalitäten wie Täuschung, Irrtumserregung, Vermögensverfügung usw. mit einbegriffen.

Diese Handlungsmodalitäten können wir aber deswegen in unserer Erörterung fortlassen, weil sie für die Methode der Objektivation gleichgültig sind. -

Eine Stoffgleichheit ist in dieser Variante insofern enthalten, als jeder Dritt Vorteil aus der Betrachtung von vornherein ausscheidet : Die Bereicherung "auf Kosten eines anderen" impliziert, wie wir früher bereits gesehen haben, die Schädigung dieses anderen infolge und aufgrund der eingetretenen Bereicherung, eine Bereicherung, die immer zugleich eine *L e i s t u n g* (*Z u w e n d u n g*) desjenigen erfolgt, auf dessen Kosten die Bereicherung eintritt. Der Vorteil des einen verursacht den Nachteil des anderen oder wird durch einen solchen verursacht; der Vorteil des einen folgt aus dem Nachteil des anderen oder umgekehrt dieser folgt aus jenem: Die Bereicherung erfolgt also stets "von selbst" in dem Sinne, daß die Schädigung des einen immer zugleich auch die Bereicherung des anderen (Täter) beinhaltet, welche durch die Vermögensverfügung des Getäuschten ohne weiteres Zutun des Täters vermittelt wird : Die Bereicherung ist das notwendige Durchgangsstadium der Schädigung. Wie die "Stoffgleichheit" *p o s i t i v* beschaffen sein muß, ob insbesondere eine Identität der Objekte von Vor- und Nachteil gefordert werden muß, kann aufgrund der Definition 2 nicht gesagt werden. Die Stoffgleichheit läßt sich nur *n e g a t i v* abgrenzen: der Vorteil des einen muß auf Kosten usw. des anderen erfolgen. Vermögensvorteil und Vermögensnachteil brauchen sich - gemäß Definition 2 - jedoch weder dem Gegenstand noch dem Umfang nach zu entsprechen. Von dritter Seite erlangte Vorteile scheiden allerdings aus.

Soweit der Inhalt der zweiten Definition.

Vergleicht man sie mit der Vorschrift des § 263 StGB, so erkennt man unschwer die Gleichheit der Konstruktion und des Inhalts: Beiden Delikts *f o r m e n* ist ein

einheitlicher Gesamtplan des Täters zugrunde gelegt, nämlich die *A b s i c h t* der Bereicherung, die von vornherein den Täter zur Schädigung motivieren muß.

In Definition 2 ist diese Absicht - im Gegensatz zu § 263 StGB - nur schon realisiert und in die Tat umgesetzt worden. In beiden Fällen jedoch liegt eine typische Mittel - Zweck - Relation vor : Die Schädigung ist das Mittel zur Erreichung eines vom Täter angestrebten Erfolges (=Bereicherung), der in Definition 2 *v o n s e l b s t* schon aufgrund der eingetretenen Schädigung des Opfers eintritt. Die Definition 2 hat - scheinbar - gegenüber der Vorschrift des § 263 nur noch ein "Mehr": zur Mittel - Zweck - Relation gesellt sich (neben der Ursache - Wirkungs- Beziehung) die Grund - Folge - Beziehung hinsichtlich der Schädigung des Opfers und der Bereicherung des Täters (Dritten).

Wichtig für uns ist aber nun folgendes : Sind die praktischen Erkenntnisse, die wir oben der Definition 2 entnommen haben, ohne weiteres auf § 263 StGB übertragbar ? Die Antwort hierauf ist schon halb gegeben, denn wir haben schon eine wesentliche Gleichheit hinsichtlich des Inhalts und des Strukturaufbaus beider Deliktsformen feststellen können. Nun unterscheiden sich die Definition 2 und § 263 StGB hinsichtlich der Bereicherung des Täters nicht in ihrem *I n h a l t*, sondern allein in der *E x i s t e n z - (S e i n s -) f o r m* dieser Bereicherung. Dann kann aber bei Reduktion vom Objektiven auf das Subjektive nichts anderes gelten, als was wir oben für das Objektive bereits festgestellt haben ; denn die *I n h a l t e* beider Seinsformen (hie Absicht, dort realisierte Absicht) sind ja *g l e i c h*.

Das Subjektive ist hier das Spiegelbild des Realen, des Objektiven; das Subjektive ist intentional bezogen auf das Objektive (subjectus als das dem Objektiven Zugrundeliegende). Das Subjekt ist dem Objekt gegenübergestellt, auf das es sich richtet. Die Reduktion ist die Umkehrung

der Objektivation; sie ist "Subjektivation". Das heißt : Die Existenz- (Seins-) formen verändern sich, die Inhalte bleiben bestehen und sind miteinander identisch. Die gleichen Erkenntnisse hinsichtlich der Stoffgleichheit, die wir aufgrund der Definition 2 gewonnen haben - nämlich Ausschluß des Dritt Vorteils -, lassen sich somit mühelos auf § 263 StGB übertragen.

Man könnte diesen Vorgang auch so ausdrücken : Was für die vollendete Bereicherung (Definition 2) gilt, gilt ebenso auch für den Versuch der vollendeten Bereicherung (= § 263 StGB). Denn jede vollendete Bereicherung durchläuft ja erst einmal das Versuchsstadium, in jeder vollendeten Bereicherung steckt ein Versuch derselben. Der Übergang vom Versuch auf die Vollendung vollzieht sich allein auf der Außenseite (= Existenz) der Bereicherung, ohne an der Innenseite etwas zu verändern.

4. Betrug bei Sukzessivempfang der Zuwendung

a) Eigene Lösung

Ist aber das soeben dargelegte Unmittelbarkeitsprinzip als Ergebnis der Suche nach der "richtigen" Stoffgleichheit eine zwingende, d. h. logische Notwendigkeit ? Auch wenn der Vorteil über (durch Vermittlung) ein drittes Vermögen vom Täter erlangt wird, läßt sich doch davon sprechen, dieser habe es letztlich "auf Kosten" des ursprünglich getäuschten / Geschädigten erlangt. Historisch-zeitlich sowie kausal gesehen kann man auch davon sprechen, daß der Täter durch Vermittlung eines dritten Vermögens den Vorteil "aus" dem erstgeschädigten Vermögen erhält - indem man zugleich auf das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung verzichtet und es durch das Erfordernis des bloßen Kausalzusammenhangs im Sinne eines Bedingungszusammenhangs ersetzt. Mit anderen Worten:

Es ist zu überlegen, ob sich aus dem Wesen des Betruges selbst das Unmittelbarkeitserfordernis zwischen Vor- und Nachteil ergibt.

Was zwingt uns also, um die Frage noch einmal zu stellen, jedes Zwischenglied in der Verschiebungskette auszuschließen ? Machen wir uns das Problem an folgendem Fall des Sukzessivempfanges klar (262). A trägt als Fahrkartenschaffner der Bundesbahn dem B zuviel Fahrgeld ab, legt dieses jedoch erst in die Amtskasse hinein, um ihr nach Dienstschluß einen entsprechenden Betrag zu entnehmen. Eine Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung ist nicht vorhanden im Verhältnis A - B, da sich in die Wertbewegung zwischen diesen beiden Personen ein Dritter (X) selbständig eingeschoben hat bzw. eingeschoben wurde (nämlich die Bundesbahn als Träger des Vermögens "Amtskasse") und einen Vermögenswert, den e r aus dem Vermögen des Verlierers B erlangt hat, durch einen neuen, selbständigen Zuwendungsakt (hier : Unterschlagung von seiten des A) in das Vermögen des A überträgt (bzw. übertragen wird). Die Zwischenperson X vermittelt also erst die Zuwendung B - A; es findet im Grunde eine doppelte Wertbewegung statt (Sukzessivemofang) :

1. die Wertbewegung B - X,
2. die Wertbewegung X - A.

Warum liegt hierin nicht Betrug zugunsten des A, sondern zugunsten des X ? Rein wirtschaftlich gesehen hat sich A natürlich - bei Zugrundelegung der gleichen Geldsumme - unter Benachteiligung des B bereichert, denn der dem A letztlich zugeflossene Gewinn wäre ohne den Irrtum des B höchstwahrscheinlich entfallen (es sei denn, A hatte im konkreten Fall ohnehin den Vorsatz, sich aus der Amtskasse nach Dienstschluß eine gewisse Geldsumme

(262) vergl. dazu die Entscheidungen RGSt 75, 378 ff;
BGH NJW 1961, S. 1171

zu nehmen). Die rein wirtschaftliche Betrachtungsweise verträgt sich aber nicht mit der Charakterisierung des Merkmals der Stoffgleichheit in unserem Sinne, wonach der vom Täter erlangte Gewinn als Element des tatbestandlichen Unrechts selbst nur dort angesehen werden kann, wo er mit einem Nachteil auf seiten dessen korrespondiert, von welchem er unmittelbar erlangt ist. Würde man nämlich hier im Fahrkartenfall einen Betrug zugunsten des A annehmen (263), so müßte man zwangsläufig anerkennen, daß für den Betrug d e r Vermögensvorteil ausreicht, der dem Täter aufgrund eines selbständigen Aktes (z.B. wie in unserem Falle eine Unterschlagung) aus einem dritten Vermögen zufließt. Damit rückt dieser Fall aber in die Nähe der (mittelbaren) Schädigung gegen Entlohnung von seiten eines externen Dritten; in dieser Fallkonstruktion hatten wir jedoch bereits Betrug abgelehnt. Hier wie dort wird der Vorteil nicht vom Opfer erlangt, sondern von externen, am Betrüge selbst gar nicht beteiligten Personen und Vermögensmassen (X). Die Belohnung für die Vermögensschädigung des B gewährt sich A in unserem Falle gewissermaßen selber : er läßt sich nicht belohnen, sondern bedient sich selbst durch das Mittel der Unterschlagung. Wir können uns den Fall ja auch so geartet vorstellen, daß ein geistesgestörter Beamter glaubt, seiner Anstellungs- und Dienstbehörde zusätzlich Gelder verschaffen zu müssen, auf die diese natürlich keinen Anspruch hat. Für diese "guten Taten" nimmt sich der Beamte jedesmal eine "Provision" aus der Kasse, die nicht - wie im ersten Fall - der Höhe der Schädigung zu entsprechen braucht. Daß hierin kein Betrug zugunsten des Täters liegt, ist ersichtlich; nichts anders ist aber der Ausgangsfall zu entscheiden.

(263) Auf die "Absicht", einem Dritten (X) einen Vermögensvorteil zu verschaffen, soll hier nicht eingegangen werden.

b) Die Lösung des RG

Die Entscheidung des RG vom 23.10.1941 (264) beschäftigte sich ebenfalls mit einer analogen Fallgestaltung. Der Angeklagte hatte als Postschaffner Gebühren überfordert; das gesamte vereinnahmte Geld legte er zunächst in die Amtskasse der Post. Nach jeweiliger Abrechnung seiner Kasse ergaben sich daher Mehrbeträge, die er wieder der Postkasse entnahm.

Das RG verurteilte den Angeklagten u.a. wegen eigennützigen Betruges zum Nachteil der einzahlenden Kunden der Post. Nun liegt eine "Stoffgleichheit" zwischen dem eingetretenen Schaden der Postkunden und dem Vorteil des Täters nicht vor : Es fehlt sowohl an der Identität der Objekte von Vor- und Nachteil (der Täter entnahm der Amtskasse nach der Abrechnung ein ganz anderes Geldstück oder Geldschein, als der getäuschte Postkunde weggab) als auch am Erfordernis der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung und Bereicherung. Der Täter hat seinen (unmittelbaren) Vorteil nicht aus dem Vermögen des geschädigten Kunden erhalten, sondern aus dem der Post durch eigene, selbständige und strafbare Tätigkeit. Die Bereicherung des Täters hat sich auch nicht "auf Kosten" der entreicherten Postkunden vollzogen; der Schaden, den diese durch die Überhebung erlitten, lag zeitlich v o r der Bereicherung, so daß das Erlangen des Vorteils durch den Täter die Kunden nichts gekostet hat. Die Unterschlagung des Täters hat für sie keinen Nachteil verursacht und ist auch durch keinen solchen Nachteil verursacht worden. Die infolge der Unterschlagung vorgenommene Vermögensverschiebung war für die getäuschten Kunden ohne jedes Interesse. Der Vorteil des Täters folgt vielmehr aus dem Nachteil der Post, und umgekehrt folgt der Nachteil (Schaden) der Post aus dem Vorteil (Bereicherung) des Täters. Stoffgleichheit

(264) RGSt 75, 378, 379

kann höchstens in der Form vorliegen, daß die Gegenstände, um die die jeweiligen Kunden entreichert wurden, mit denen, die sich der Täter zueignete, von gleicher Artbeschaffenheit sind. Insofern würde tatsächlich Stoffgleichheit (= gleiche stoffliche und substantielle Beschaffenheit der Objekte von Vor- und Nachteil) gegeben sein. Die so beschaffene "Stoffgleichheit" wäre nicht mehr funktional, sondern nur noch material beschaffen und aufzufassen. Eine materiale Stoffgleichheit ist aber logisch offenkundig sinnlos. Denn es hängt ja ausschließlich vom Zufall ab, und nicht von der Intention des Täters und der Finalität der Täuschungshandlung, welches Geldstück oder welchen Geldschein sich der Täter nach der Abrechnung aus der Postkasse nimmt. Vom Zufall würde das Vorhandensein der Stoffgleichheit abhängen und damit auch die Bestrafung wegen Betruges ! Man könnte die Zufallskomponente nun dadurch ausschalten, daß man die Absicht der Bereicherung in eine Absicht der (wörtlich zu nehmenden !) stoff-gleichen Bereicherung umdeutet. Dann müßte, um auch unter dieser Fassung den Zufall wieder auszuschalten, die stoff-gleiche Bereicherungsabsicht noch bei Erlangung der objektiven Bereicherung selbst vorhanden sein - denn die Vorschrift des § 263 StGB ist kein Zufalls-, sondern ein Absichtsdelikt ! Nicht der Handlungsunwert (Täuschung etc. als unerlaubte sozialschädliche Handlung) wird unter Strafe gestellt, wobei der Erfolg der Bereicherung gewissermaßen als objektive Bedingung der Strafbarkeit fungiert, sondern die der materiellen Vermögensordnung zuwiderlaufende Vermögensverschiebung, wobei das spezifische Unrecht unzweifelhaft in einem subjektiven Erfordernis zu finden ist, so daß das Rechtsgut nicht verlegt, sondern nur gefährdet zu werden braucht ! Der Erfolg spielt für die Annahme des vollendeten Betruges überhaupt keine Rolle; die eigentliche Rechtsgutsverletzung ist durch den Gesetzgeber in das Stadium des Versuchs vorberlegt worden.

Der Erfolg, der nun nicht nur bei den fahrlässigen Delikten die Funktion der "verschämten Zufallshaftung" (265) übernimmt, sondern bei allen Vorsatzdelikten ebenso, (denn ob der vorsätzlich handelnde Täter sein Ziel erreicht, hängt nicht allein von ihm ab) spielt, um es noch einmal zu wiederholen, beim Betrug keine Rolle. Infolgedessen darf auch die Absicht der stoffgleichen Bereicherung nicht an den Erfolg geknüpft werden; Täuschung usw., Schädigung und Bereicherungsabsicht bilden im sog. Unrechtstatbestand eine Bewertungseinheit, die auch logisch und zeitlich in einem gewissen Beziehungszusammenhang stehen. Wollte man die Bereicherungsabsicht noch als eine stoffgleiche Bereicherungsabsicht bei materieller Beendigung des Delikts fordern, so würde man diesen logischen und zeitlichen Zusammenhang zerreißen und zu einer Unterbrechung der Bereicherungsabsicht gelangen. Beides läßt das Gesetz nicht zu. Die materiale Auffassung von der Stoffgleichheit läßt sich also mit dem Willen des Gesetzes nicht vereinbaren.

Auch das Reichsgericht gelangt theoretisch zum gleichen Ergebnis (266), wenn es sagt: " ... er hat auch in der Absicht gehandelt, s i c h einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Dazu würde allerdings nicht die Absicht ausreichen, sich später die Mehrbeträge ... zuzueignen, weil der erstrebte rechtswidrige Vermögensvorteil nicht durch die Verfügung des Getäuschten, sondern durch eine weitere selbständige strafbare Handlung hätte erlangen wollen". Das RG bezieht sich dabei auf frühere Entscheidungen (267). In der Entscheidung vom 3. Oktober 1929 wird ausdrücklich hervorgehoben, daß die Absicht, s i c h einen rechtswidrigen Vermögensvorteil

(265) Radbruch, VDA Bd. II Seite 227 ff, VDB Bd. B Seite 201 Anm. 2

(266) RGSt 75, 379

(267) Entscheidung vom 3. Oktober 1929 = RGSt 63, 256;
Entscheidung vom 16. November 1934 = RG JW 1935
Seite 529 Nr. 32;
RGSt 64, 433 ff = RG JW 1931, 1191 mit Anm. Grünhut

zu verschaffen, niemals darin gefunden werden kann, sich die **M ö g l i c h k e i t** strafbarer Eingriffe in fremde Vermögensmassen zu verschaffen. In dieser Chance - z.B. späterer Unterschlagungen - liege keine günstigere Gestaltung der realen Vermögenslage des Täters, da ihr kein gegenwärtiger Vermögenswert zukommt. Auch später hat das RG diesen Standpunkt nicht aufgegeben. In der Entscheidung vom 16. November 1934 kommt der gleiche Gedanke wie in der Vorentscheidung zum Ausdruck : Der Täter muß den von ihm erstrebten Vermögensvorteil gerade als Folge der durch seine Täuschungshandlung bewirkten schädigenden Vermögensverfügung des anderen, nicht etwa durch eine hiervon unabhängige eigene Handlung, sich verschaffen wollen. Wörtlich sagt das RG (268): "Zum Betrug gehört, daß dieser Irrtum den Getäuschten zu einer Verfügung veranlaßt hat, die für ihn einen Vermögensschaden darstellt, und daß der Angeklagte durch diese Verfügung den von ihm erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteil sich hat verschaffen wollen". Und weiter: " ... es bleibt aber die Möglichkeit offen, daß der Angeklagte ... nur im allgemeinen eine tatsächliche Lage herbeiführen wollte, die ihm für die Zukunft ermöglichte, Unterschlagungen durch Eingriffe in die Kasse mit geringer Gefahr der Entdeckung vorzunehmen. Dies wäre aber zur Annahme eines Betruges nicht ausreichen, da der Angeklagte hierbei nicht durch die Verfügung der Beschädigten den rechtswidrigen Vermögensvorteil erlangen wollte, sondern hierzu noch anderweitige selbständige strafbare Handlungen erforderlich waren".

So ist denn der Fall RGSt 75, 378 ff so zu entscheiden, daß der Täter nicht **s i o h**, sondern einem Dritten, nämlich der Post, als Mittelsperson oder Durchgangsperson einen Vermögensvorteil verschaffen will, um

(268) RG JW 1935, 528 r.Sp.

sich aus diesem Vorteil des Dritten demnächst seinen Vermögenszuwachs durch nachfolgende Unterschlagungen zu sichern. Ein Betrug kann nach den vom RG aufgestellten Kriterien mit Fug angenommen werden: ein uneigennütziger Betrug zugunsten eines Dritten. Es ist daher gänzlich unverständlich, wenn das RG in seiner Entscheidung eigennützigen Betrug glaubt annehmen zu müssen und damit seine oben erwähnten theoretischen Grundsätze wieder über den Haufen wirft: "Im vorliegenden Fall ist das Merkmal der betrügerischen Absicht (sc. die Absicht, *s i c h* einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen) aber deswegen gegeben, weil der Angeklagte bei seinen Handlungen die Absicht gehabt hat, mit den erlangten Mehrbeträgen Fehlbeträge in der Kasse zu verdecken und auszugleichen, für die er hätte aufkommen müssen, und weil er die Mehrbeträge nur vorübergehend und ausschließlich zu dem Zweck in die Postkasse gelegt hat, den Sachverhalt gegenüber den Einlieferern zu verschleiern". Diese Begründung des RG ist nicht nur unverständlich, sie ist zudem dazu geeignet, die sorgfältigen theoretischen Vorarbeiten zur Stoffgleichheit, also zu dem eigenartigen funktionalen Verhältnis zwischen Vorteil und Nachteil, wieder aufzuheben.

5. Ergebnis

Aus all dem geht m.E. mit Deutlichkeit hervor, daß der externe Vermögensvorteil beim Betrug, der ja in aller Regel Verobjektivierung einer (motivierenden) Gewinnsucht ist, aus der Betrachtung im Rahmen des § 263 StGB auszuscheiden hat. Dieser Vorteil hat in der Systematik des Strafgesetzes seinen Platz an anderer Stelle gefunden als im Tatbestand des Betruges. Anders ausgedrückt heißt das: Der Vermögensvorteil, wie er in § 263 gefordert wird, muß ein interner Vorteil und darf kein externer Vorteil sein. Andernfalls würden in die *R e c h t s n o r m* des § 263

Gesichtspunkte der Motalität hineinspielen; der rechts-widrige Vermögensvorteil wäre dem sittlich anstößigen und verwerflichen Vorteil gleichzustellen, (268a).

Bevor jedoch auf die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils in § 263 näher eingegangen werden soll, müssen wir das dem Vorteil zeitlich und logisch vorgelagerte Aufbauelement des Betrugstatbestandes einer näheren Untersuchung unterziehen. Unser Augenmerk hat sich vorläufig auf den Vermögensschaden zu richten.

III. Stoffgleichheit und Vermögensschaden :

Die Einbeziehung des mittelbaren Vermögensschadens in den Betrugstatbestand.

1. Ausgangssituation

Ist es demnach nach der Konstruktion des gesetzlichen Tatbestandes zweck- und sinnwidrig, für den Tatbestand des Betruges einen V o r t e i l zuzulassen, der nicht aus dem Vermögen des Geschädigten stammt, sondern dem Täter oder einem Dritten von "außen" zufließt, so erhebt sich sogleich die Gegenfrage, ob denn ein S c h a d e n für die Annahme eines Betruges ausreicht, der dem Opfer nicht direkt und unmittelbar durch die lügnerische Manipulation des Täters erwächst, sondern der indirekt und nur mittelbar auf das Vermögen des Opfers einwirkt. Das RG und auch der BGH ("Melkmaschinen-Fall") haben einen solchen nur "mittelbaren" Schaden, wozu übrigens auch der entgangene Gewinn zählt, unbedenklich zugelassen. Eckstein (269), Hirschberg (270) und Schröder (271) vertreten die Gegenansicht: nur

(268a) wie es übrigens im Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten von 1847 geschehen ist! Dieser Entwurf beschränkt in seinem § 293 den Begriff des Betruges auf die in g e w i n n s ü c h t i g e r A b s i c h t geschehene Beschädigung fremden Vermögens und gibt für die o h n e gewinnsüchtige Absicht durch Täuschung bewirkte Vermögensbeschädigung in seinem § 343 die entsprechende Bestimmung. Die gewinnsüchtige Absicht in § 293 E 1847 ist dort nichts weiter als das qualifizierende Moment (i.S. eines strafferhöhenden Umstandes) innerhalb eines Einheitstatbestandes, der die fremde Vermögensbeschädigung durch Täuschung unter Strafe stellt.

(269) GS Bd. 78, 138

(270) Vermögensbegriff S. 19, 297, 305, 313 Anm. 6

(271) NJW 1962, S. 721 ff;

Schönke-Schröder Rand-N 99 zu § 263. Ebenso Schwarz-Dreher Anm. 6 § 263 StGB

der direkte und unmittelbare Schaden sei betrugsrelevant. Die Frage der Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit ist deswegen interessant, weil bei Annahme eines nur mittelbaren Schadens (der z.B. in den besonderen Aufwendungen des Opfers liegen kann, wie in speziellen Kreditaufnahmen zu schwierigen Bedingungen usw.) Substanzgleichheit im Merkelschen Sinne nicht möglich ist : der mittelbare Schaden des Opfers ist nicht zugleich der Vorteil des Täters; der Gesamtschaden des Opfers liegt zudem i.d.R. quantitativ über dem Vorteils-volumen des Täters, denn nur der unmittelbare Schaden entspricht i.d.R. dem Tätervorteil. Obwohl wir die Merkelsche Formel von der Substanzgleichheit bereits abgelehnt haben, wird hierdurch die Entscheidung für oder gegen die Unmittelbarkeit des Schadens nicht präjudiziert. Die Ablehnung der Identitätstheorie spricht allerdings eher gegen eine Unmittelbarkeit als für sie. Aber auch wenn wir uns f ü r die Unmittelbarkeit des Schadens entscheiden, folgen wir nicht der engen Merkelschen Identitätsformel: auch ein weiter gefaßter Begriff der Stoffgleichheit deckt die Theorie des unmittelbaren Schadens.

Die Frage nach der Qualität und der Quantität des eingetretenen Schadens beim Opfer ist deswegen interessant, weil die übrigen Formulierungen der Stoffgleichheit : Vorteil und Nachteil müssen in Wechselbeziehung (funktionaler Abhängigkeit) stehen, oder: Vorteil und Nachteil müssen einander entsprechen, oder: müssen Kehrseiten sein, mit dem nur mittelbaren Schaden (und dem unmittelbaren Vorteil) nicht in Einklang zu bringen sind. Denn der unmittelbare Vorteil "entspricht" nicht dem nur indirekten Schaden, er ist nicht dessen Kehrseite. Hat die Merkelsche Formel von der Stoffgleichheit die Q u a l i t ä t von Vor- und Nachteil im Auge, so wird durch die übrigen Formulierungen der Stoffgleichheit die Q u a n t i t ä t von Vor- und Nachteil angesprochen. M.a.W.: So groß der Nachteil, so groß der Vorteil und umgekehrt. Diese quantitative Gleichheit von

Vor- und Nachteil ist aber nur dann vorhanden, wenn der Vermögensschaden in seinem größenordnungsmäßigen Ausmaß, in seinem Gesamtvolumen dem Vorteil entspricht, sich mit ihm deckt (quantitative Kongruenz). Dies kann aber nur dann der Fall sein, wenn man als Schaden den unmittelbaren (direkten) Schaden (Nachteil) ansieht, den das Opfer erleidet, und den nur mittelbaren Nachteil aus der Betrachtung ausklammert. Oder anders ausgedrückt : Sieht man als Schaden auch den mittelbaren Nachteil an, dann verzichtet man auf das Erfordernis der quantitativen Gleichheit von Vorteil und Nachteil, dann entspricht dem Schaden nicht der Vorteil und umgekehrt.

2. Die eigene Lösung

Nach Eckstein (269) ist die mittelbare Schädigung zwar kausal durch die Irrtumserregung bedingt, jedoch ist *d i e s e* Schädigung nicht *I n h a l t* des Betruges, sondern seine *F o l g e* (272). Z.B. in den Fällen der außerordentlichen Aufwendungen nimmt der Getäuschte die Darlehen nicht auf, *w e i l* er getäuscht sei; diese Schädigung ist nach Eckstein nicht auf ein "weil" zurückzuführen. "Die Handlung (scil.: im Falle BGHSt 16, 321 die Kreditaufnahme) nimmt ihren Ursprung in dem freien Willen des Betrogenen und trägt nur ein "damit" in sich". Ersichtlich geht Eckstein hierbei von zwei Prämissen aus, die näherer Nachprüfung nicht standhalten. Diese Prämissen lauten:

1. Der Täter schädigt sein Opfer und dieses nicht sich selbst,
2. das Opfer leistet an den Täter (oder Dritten), da ja dieser der Schädiger ist, nicht freiwillig, sondern gegen seinen Willen, also unfreiwillig. Nimmt man diese Prämissen einmal als richtig hin, dann erweisen sich

(272) GS Bd. 78, 138

auch die Schlußfolgerungen, die Eckstein aus ihnen zieht, als zutreffend. Das Sonderopfer des Betrogenen in der Form zusätzlicher Aufwendungen nimmt dieser **f r e i w i l l i g** auf sich (wenn auch unter dem Einfluß des Betruges), so daß eine echte **S e l b s t**schädigung vorliegt. Der Täter hat hierbei seine Hand nicht mit im Spiel. Da die freiwillige Selbstschädigung aber nicht Wesensmerkmal des Betruges ist (dies ist vielmehr nach Ansicht Ecksteins die unfreiwillige Fremdschädigung), kann folglich auch der mittelbare Schaden, der durch eine freiwillige Selbstschädigung gekennzeichnet wird, nicht "Vermögensschaden" i.S. des § 263 StGB sein.

Die beiden Voraussetzungen, von denen Eckstein seine weiteren Folgerungen hinsichtlich des mittelbaren Schadens ableitet, sind jedoch falsch. Daß der Betrogene freiwillig leistet, ist Voraussetzung des § 263 StGB. Das Opfer des Täters ist sich der konkreten Handlungs **f o l g e n** nicht bewußt und irrt damit auch über den konkreten Handlungss **i n n**, d.h. über den sinnerfüllten Charakter seines eigenen Tuns. Das schließt vielleicht seine **W i l l e n s**freiheit aus, nicht aber seine **H a n d - l u n g s f r e i h e i t**, oder genauer: sein Freiheitsbewußtsein als ein Bewußtsein seiner Handlungsfreiheit (273), als Bewußtsein, tun zu können, was ihm (dem Opfer) beliebt. Das Opfer hat das Bewußtsein der beliebigen Wahlmöglichkeit, "bei sich Anbieten mehrerer miteinander streitender Motive sich so oder so entscheiden zu können" (274). Das Opfer hat das Bewußtsein der Selbstbestimmung durch seinen Willen und das Bewußtsein seiner "freien" Entscheidung, frei von allen äußeren zufälligen oder gewollten Einwirkungen. Damit handelt der Getäuschte innerlich "frei", seine Vermögensverfügung wird freiwillig getroffen.

(273) vergl. hierzu jetzt Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit S. 63

(274) Engisch a.a.O. S. 63

Die Gegenansicht Gallas' (275) kann nicht gebilligt werden. Es ist geradezu ein Kriterium für die Vermögensverfügung in § 263 StGB, daß sie - im Unterschied etwa zu den §§ 242, 249 StGB -, nicht unter dem Druck äußeren Zwanges geschieht; entscheidend für die Grenzziehung zwischen Diebstahl und Betrug ist nach völlig h.M. die Willensrichtungs des Getäuschten (276). Ein Dulden kann z.B. nur dann als Vermögensverfügung i.S. des § 263 StGB angesehen werden, wenn es das Ergebnis eines zwar durch Irrtum bedingten, im übrigen aber innerlich freien Willensentschlusses ist.

Es ist außerdem müßig zu fragen, ob der Bedrohte in § 253 StGB oder der Getäuschte in § 263 StGB im Sinne der Determinationslehre "freiwillig" oder "unfreiwillig" gehandelt hat. Die philosophische Kategorie der Willensfreiheit läßt sich nicht in die Tatbestände der Motivationsdelikte (d.s. Delikte, in denen der Täter auf den Motivationsprozeß des Opfers einwirkt) hineininterpretieren. Für diese Tatbestände, bei denen die Strafbarkeit auf typischen Beeinflussungen der inneren Motivation des Opfers beruht, ist allein entscheidend eine relevante, rechtserhebliche Auswahl der für die juristische Beurteilung in Frage kommenden kausalen oder finalen Faktoren, wie etwa die Frage, ob das Opfer allein aufgrund der Täuschung oder unter Einbeziehung noch anderer motivationsbildender Faktoren gehandelt hat (wie Zwang, Drohung etc.). Die wertende Differenzierung dieser kausalen bzw. finalen Faktoren läßt immer da, wo die Erfüllung des besonderen Tatbestandes typische Formen der Verursachung voraussetzt, die Frage nach der ethischen Begründung der Motivationsbildung gar nicht erst aufkommen. Anderenfalls würde unter dem Schein einer Unterscheidung (277) die gleiche Situation einmal indeterministisch ("das Opfer des Betrügers handelt frei"), das andere Mal deterministisch ("das Opfer des Betrügers handelt innerlich unfrei") ausgedrückt! Entscheidend ist aber allein die objektiv-soziale Anschauung des praktischen Lebens. Nicht auf die psychologische Willensfreiheit, sondern auf die rechtliche Bewertung kommt es bei der "Freiwilligkeit" der Vermögensverfügung an. Und nach dieser läßt sich eine entscheidende Wertungsdifferenz zwischen den Handlungen der Opfer eines Betrügers, einer Erpressung oder eines Diebstahls feststellen.

(275) Eb. Schmidt-Festschrift S. 406

(276) Vergl. Schönke-Schröder VI 4 § 263 mit Nachweisen

(277) Vergl. auch Grünhut, Frank-Festgabe Bd. I S. 26 ff

Auch die andere Voraussetzung (Prämisse) Ecksteins erweist sich bei näherem Zusehen als unrichtig. Nicht der Täter schädigt das Opfer unmittelbar, sondern dieses sich selber, nämlich durch die von ihm frei getroffene Vermögensverfügung. Das folgt zwingend aus der Freiwilligkeit der getroffenen Verfügung. Nur wo ein freier, selbstverantwortlicher Wille vorliegt, kann der Handelnde (hier: das Opfer) für sein Tun "verantwortlich" gemacht werden, was aus den Regeln der §§ 52, 54 StGB ohne weiteres erhellt. Die Folgen eines Handelns können nur dem zugerechnet werden, der frei, über sich und sein Tun entscheidet. Unfreiheit schließt Nichtzurechnung in sich, Freiheit in § 263 StGB ist Frei-Willigkeit ! Der Betrug ist eben ein Delikt der freiwilligen, aber unwissentlichen Selbstschädigung, ein Delikt der Eigenschädigung und nicht der Fremdschädigung wie Raub und Diebstahl. Diebstahl und Betrug unterscheiden sich eben nicht nur durch die Art der Behungsform voneinander, sondern auch in ihrem Effekt : die selbstschädigende Vermögensdisposition bei Betrug entspricht strukturell (ontisch) nicht der fremdschädigenden Wegnahme bei Diebstahl/Raub. Diese Freiwilligkeit (Freiheit) der Entscheidung des Opfers nötigt uns, ihm all das zuzurechnen, was er in eigener Verantwortlichkeit nur seinem freien Willen gemäß unternimmt, um sich selbst zu schädigen. Der Betrug ist ein Delikt der Selbstschädigung durch Tätigwerden des eigenen, freien Willens des Opfers.

Wenn wir sagten, die Freiwilligkeit der getroffenen Vermögensdisposition nötige uns dazu, dem betrogenen Verfügenden, dem Opfer also, jede schädigende Handlung zuzurechnen, so ist damit hinsichtlich der Zurechnung des mittelbaren Schadens auf die Person des Täters zunächst wenig gewonnen. Denn bei der sog. Stoffgleichheit geht es ja um das Verhältnis von Nachteil (des Opfers) zum Vorteil des Täters. Wenn auch der Schaden in seinem Gesamtvolumen, also unter Einschluß des mittelbaren Schadens, dem Opfer zugerechnet wird, so ist doch

schließlich der Täuschende der Täter des Betruges, ihm muß letztlich der Schaden zugerechnet werden, d.h. er muß für den gesamten entstandenen Nachteil des Opfers verantwortlich gemacht werden. Hier liegt das eigentliche Problem des sog. mittelbaren Schadens: Kann man den Täter auch für den indirekten Schaden verantwortlich machen? Auch Eckstein (272) sieht hier die eigentliche Problematik liegen, indem er sagte, diese Schädigung (gemeint ist der mittelbare Schaden) sei nicht Inhalt des Betruges, sondern dessen Folge. Offensichtlich handelt es sich hierbei zunächst um ein Vorsatzproblem. Der Täter muß das Bewußtsein haben, durch die Irrtumserregung jemanden (das Opfer) unmittelbar in seinem Vermögen zu schädigen, wobei der dolus eventualis ausreicht. Eine Absicht der Vermögensbeschädigung ist nicht erforderlich (279), d.h. die Vermögensbeschädigung braucht nicht Zweck des täterschaftlichen Handelns zu sein, sondern nur Mittel zur Erreichung des angestrebten Zweckes, nämlich der rechtswidrigen Vorteilerreichung. Der entstandene Schaden, also auch der indirekte und mittelbare, muß demnach vom Vorsatz des Täters umfaßt sein. Besteht nun der Schaden einzig und allein in der Herbeiführung eines mittelbaren Nachteils (der unmittelbare Schaden ist z.B. durch Kompensation ausgeglichen) und weiß der Täter hiervon nichts, so entfällt Betrug mangels Vorsatzes. Dies leuchtet ohne weiteres ein. Wie aber, wenn der Täter um den mittelbaren Schaden oder seinen drohenden Eintritt weiß, ja diesen sogar erreicht wissen will oder ihn doch billigend in Kauf nimmt? Der Täter weiß z.B., daß der Getäuschte zur Finanzierung der ihm angebotenen landwirtschaftlichen Maschine langfristige, teure Kredite aufnehmen muß. In einem solchen Fall ist der Vorsatz des Täters bezüglich der Schädigung festzustellen. Es hilft uns hier nicht die Erkenntnis weiter, daß, da der Betrug ein Delikt der Selbstschädigung ist, die Schädigung, aus der Sicht des Betrügers gesehen,

(279) Schönke-Schröder VIII 1 § 263

immer eine mittelbare Schadenszufügung ist (280). Wenn dies auch richtig ist, so führt diese Erkenntnis nicht unmittelbar zu dem Schluß, jeder dem Geschädigten zugefügte mittelbare Schaden sei dem Täter - sofern dessen Vorsatz gegeben ist - zuzurechnen. Denn rein strukturell gesehen ist der mittelbare Schaden (vom Standpunkt des Opfers aus gesehen) für den Täter demnach eine doppelt mittelbare Schadenszufügung. Mit dieser verbalen Umschreibung ist an unmittelbarer Erkenntnis für unser Problem nichts gewonnen.

Die Frage lautet ja, um es noch einmal zu wiederholen, ob und wann und in welchem Ausmaß dem Täter der entstandene mittelbare Schaden des Opfers aufgebürdet werden darf. Und hier stellt sich naturgemäß die nächste Frage: Wer ist überhaupt "Täter" des Betruges? Es wurde oben schon gesagt, Betrug sei ein zum selbständigen Delikt erhobener Fall der mittelbaren Täterschaft; der "Täter" benutzt das Opfer als sein Werkzeug zur Fremdschädigung. In dieser mittelbaren Täterschaft des Täuschenden steckt zugleich eine Anstiftung, worauf Zimmerl (281) zu Recht hingewiesen hat. Der Tatbestand des Betruges besteht in der Veranlassung (= kausale und geistige Beeinflussung der Psyche des Opfers, wodurch der Erfolg herbeigeführt wird) einer Handlung (Unterlassung), durch die sich derjenige, der sie vornimmt, ohne es zu wissen, selbst schädigen soll. Der Täuschende stiftet demnach zur Selbstschädigung an, wobei das Mittel der Anstiftung die Täuschung ist, die den Irrtum des Getäuschten verursacht. Die Annahme einer solchen Anstiftung zur Selbstschädigung ist deswegen schon gerechtfertigt, weil das Gesetz in § 48 StGB ausdrücklich die absichtliche Herbeiführung oder Beförderung (also nicht die bloße Unterhaltung!) eines Irrtums nennt und sie zu den Mitteln der Anstiftung zählt.

Der durch Anstiftung (Täuschung) beim Opfer hervorgerufene Irrtum wiederum bewirkt die vermögensschädigende Verfü- gung des Getäuschten. So gesehen, besteht zwischen den

(280) so aber der Verfasser des Votums zu RGSt 16,
1 in GS 43, 370

(281) Aufbau des Strafrechtssystems S. 150

beiden am Betrug beteiligten Personen : Anstifter (zur Selbstschädigung) und "Täter" dieser Selbstschädigung eine geistige Beeinflussung, d.h. eine Kommunikation in Form der Täuschung (der Anstifter respektiert scheinbar den Willen des Täters); zwischen den T a t e n besteht daher das Verhältnis der A k z e s s o r i e t ä t . Das heißt aber: Da die Anstiftung des Betrügers Beteiligung an fremder "Haupttat" ist, ist die Anstiftung abhängig von der Begehung dieser "Haupttat". Diese Akzessorietät wirkt sich auf das hier interessierende Problem der H a f t u n g des Anstifters für die Haupttat aus. Der Anstifter haftet nur im Umfang der Haupttat, für diese aber in ihrem Gesamtumfang ! Das bedeutet : Die Haftung des Anstifters (Täuschenden) wird nur begrenzt durch den sog. Exzeß des Haupttäters, dann nämlich, wenn der Haupttäter über die Grenzen hinausgeht, die der Anstifter eingehalten wissen wollte (282). Der Teilnehmer der Haupttat (die hier im Falle des Betruges natürlich tatbestandslos ist; die Selbstschädigung ist nicht strafbar) muß also die wesentlichen Merkmale des vom Haupttäter zu verwirklichenden Tuns kennen und diese Merkmale in seinen Vorsatz aufnehmen (es gibt keine fahrlässige Anstiftung = Täuschung). Immer also bestimmt sich die strafrechtliche Haftung des Anstifters (Täuschenden) nach der vom "Täter" begangenen und ihm voll zugerechneten Haupttat. Das bedeutet für unser Problem aber: der Vorsatz des Anstifters (Betrügers) muß sich im Augenblick der Täuschung auf eine bestimmte, genau konkretisierte "Tat" des Haupttäters (des Betrogenen) beziehen, die vom Angestifteten ausgeführte "Tat" (Selbstschädigung) muß dem Vorsatz des Anstifters in ihren wesentlichen Merkmalen entsprechen, um diesem zugerechnet zu werden (283). Damit haftet der Betrüger auch für den mittelbaren Schaden, sofern sich dieser nicht als "Exzeß" des "Haupttäters"

(282) vergl. Schönke-Schröder IX 7a Vorbemerkung vor § 47, Anm. IV 1 § 49.

(283) Zu Recht bemängelt Seibert (NJW 1956 S. 1466) und Schönfeld (JZ 1964, S. 206 Anm. 4, S. 209 Anm. 53) die geringe Beachtung des inneren Tatbestandes (Schädigungsvorsatz) in der gerichtlichen Praxis.

darstellt, sondern vom Anstifter gewußt und gewollt war. Bezog sich der Vorsatz (wozu ein dolus eventualis ausreicht) des Betrügers auch auf den mittelbaren Schaden und dessen Eintritt, so ist d i e s e Schädigung eben auch Inhalt des Betruges und nicht lediglich seine - vom Anstifter nicht gewollte - Folge (Exzeß). Wir erzielen also sachlich das gleiche Ergebnis hinsichtlich des mittelbaren Schadens und dessen Zurechnung auf die Person des Betrügers wie das RG und der BGH (284).

Zur gleichen Erkenntnis gelangt man auch über die Konstruktion des Betruges als eines Deliktes der mittelbaren Täterschaft. Dem mittelbaren Täter wird das H a n d e l n des Werkzeuges wie e i g e n e s zugerechnet, so daß er rechtlich so zu behandeln ist, wie wenn er diese Tatteile eigenhändig verwirklicht hätte (285). Das Handeln des Werkzeuges (hier: der Betrogene) wird dem veranlassenden mittelbaren Täter (hier: der Betrüger) als solches zugerechnet. Das Handeln des Werkzeuges besteht hier im Falle des Betruges in der ungewollten Selbstschädigung, und diese Selbstschädigung wird in ihrem Gesamtvolumen allein auf die Person des mittelbaren Täters bezogen.

Wenn der Täter des Betruges aber auch für den mittelbaren Schaden i.d.R. (d.h. bei vorliegendem Vorsatz) haftet, so ist diese Erkenntnis für das Problem der Stoffgleichheit äußerst fruchtbar. Die quantitative Höhe von Schaden und Vorteil, genauer : von eingetretenem Gesamtschaden und angestrebtem Vorteil braucht nicht gleich zu sein; die jeweilige Höhenmarke von Gesamtschaden und Vorteil wird nicht durch eine bestehende quantitative Gleichheit gekennzeichnet. Der Vorteil braucht nicht die "Umkehrung", nicht die "Kehrseite" des Nachteils zu sein, der Vorteil braucht dem Nachteil nicht zu "entsprechen".

(284) in: Rechtsprechung Bd. 6 S. 463
Ebenso RG GA Bd. 38 (1891), S. 202 ff, 204;
RG DR 1941, 1885; RGSt 74, S. 98 ff; BGHSt 16, 321

(285) vergl. etwa Schönke-Schröder Vorbem. IV 2 vor § 47

Es gelten vielmehr die Grundsätze : Vermögensvorteil und Vermögensnachteil brauchen sich weder dem Gegenstand noch dem Umfang nach zu decken.

3. Die Gegenargumente

Wenn in Literatur und Rechtsprechung (286) behauptet wird, der mittelbare Schaden, den der Getäuschte dadurch erleidet, daß er infolge des unmittelbaren Vermögensschadens weitere Handlungen vornimmt, fiele nicht unter den legislatorischen Zweck der Vorschrift des § 263 StGB, so geschieht dies mit wechselnden Begründungen :

- a) Schwarz-Dreher (286) vermissen den "Zusammenhang" zwischen mittelbarem Nachteil und Vorteil des Täters (Argument des mangelnden Zusammenhangs); es fehle an der Stoffgleichheit ! Ein Beweis gegen unsere oben aufgestellte These ist das nicht, denn es kommt darauf an, wie man den Begriff der Stoffgleichheit verstehen will. Nicht weil es an einer Stoffgleichheit fehlt, scheidet der mittelbare Nachteil aus - eine solche Argumentation trifft nicht den Kern. Die Stoffgleichheit ist das Verhältnis von tatsächlich entstandenem Schaden zum angestrebten Vorteil. Es ist zunächst der reale und effektive, meßbare Schaden festzustellen, und danach ist erst das V e r h ä l t n i s von diesem Schaden zum angestrebten Vorteil, also die Stoffgleichheit, zu bestimmen. Es muß also zunächst gefragt werden: Kann der mittelbare Schaden, der dem Opfer entstanden ist, dem Täter des Betruges zugerechnet werden ? Erst nach Beantwortung dieser Frage ist es sinnvoll, das Wesen der Stoffgleichheit anzusprechen, nicht aber umgekehrt den Schadensbegriff aus einer a priori aufgestellten Definition der Stoffgleichheit bestimmen zu wollen.

(286) So etwa Schwarz-Dreher Anm. 6 § 263; Olshausen N 25 b § 263; a.A. aber Borst JW 1935, 1222; wie Olshausen OLG Hamburg LZ Bd. 13, 447; BGH VRS Bd. 15 (1958) S. 112 (114); Bay Ob LG AS 55, 10

b) Theorie der mangelnden Irrtumsrelevanz

Es ist ferner für den Betrug nicht erforderlich - wie Eckstein (287) meint -, daß die Gegenstände der Täuschung und Schädigung "in unmittelbarer Wechselbeziehung" zueinander stehen, was nur bedeuten kann, daß sie identisch sind. Ähnlich formuliert Schröder (288). Nach ihm muß zwischen den Tatbestandsmerkmalen Irrtum und Schaden eine "funktionelle Beziehung" gefordert werden.

Es genüge nicht, daß ü b e r h a u p t ein Irrtum die schädigende Verfügung verursacht hat. Dem durch die Täuschung verursachten Irrtum müsse demzufolge ein u n m i t t e l b a r e r Schaden entspringen, für einen nur mittelbaren Schaden reiche d i e s e Täuschung nicht aus. Der Schaden in § 263 StGB ist nach Schröder nur aufgrund des Bildes vom Austausch von Leistung und Gegenleistung zu ermitteln. Die nur mittelbare Schädigung möge zwar einen Vermögensschaden darstellen, jedoch beruhe dieser "funktional" gesehen nicht auf dem vom Täter verursachten Irrtum. Wenn Schröder schließlich (289) fordert, der Schaden in § 263 müsse sich aus dem betrügerischen Geschäft a l s s o l c h e m ergeben, seine Grundlage also immer irgendwie in dem Austausch von Leistung und Gegenleistung finden, so befindet er sich auf einer Linie mit Eckstein und dessen These; wonach die Gegenstände von Täuschung / Irrtum und Schaden identisch sein müssen.

Der Wortlaut des Gesetzes spricht nicht für eine solche Identität, ebensowenig sein Sinn, der dem Gedanken des Rechtsgüterschutzes zu entnehmen ist. Es muß das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt werden, daß durch Täuschung ein Irrtum erregt wird, der zu einer vermögensschädigenden Disposition führt. Zwischen den Gliedern Täuschung - Irrtum - Vermögensschaden muß demnach

(287) GS Bd. 78, 139

(288) NJW 1962, 722. Ähnlich auch Gutmann, MDR 1963, 95: es fehle am "relevanten Irrtum".

(289) a.a.O. S. 721

Kausalität vorliegen, nicht mehr und nicht weniger. Es genügt, daß das Ärmerwerden des Opfers auf irgendeinem Irrtum beruht. Dies zeigt sich schon daran, daß die Täuschung auch in einem (pflichtwidrigen) Unterlassen liegen kann. Das bloße Schweigen, also ein Nicht-Tätigwerden, hat nun durchaus nicht immer einen Gegenstand, ein konkretes Objekt zum Inhalt. Diese Täuschung (durch Unterlassen) kann sich durchaus auf das Vermögen als Ganzes, nicht unbedingt auf einen seiner konkreten Faktoren, beziehen. Es genügt, daß durch Täuschung (zu ergänzen ist: überhaupt) geschädigt wird; die Gegenstände der Täuschung und der Schädigung brauchen sich gegenständlich nicht zu decken. Es genügt für die Täuschung vielmehr jedes Verhalten, durch das der Erfolg der Schädigung erreicht werden kann (290). Wichtig ist nur, daß die Täuschung als Mittel der Anstiftung zur Selbstschädigung den Vorsatz, d.i. das Wissen und Wollen der Schadenszufügung, enthält.

c) Die Theorie des mangelnden Rechtswidrigkeitszusammenhanges

Wenn Schröder (291) das Problem der Zurechnung des mittelbaren Schadens nicht eigentlich als ein Problem der Vermögensschädigung ansehen will, sondern als ein solches der "funktionalen Beziehung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB zueinander", so löst er das Problem der Schadensfeststellung über eine rechtsapriorisch gefaßte Stoffgleichheit (was Schröder auch offen zugibt). Denn jede Aussage über eine etwa bestehende Stoffgleichheit ist ja zugleich das Bekenntnis zu einer "funktionalen" Beziehung zwischen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 263. Schröder subintelligiert dem Betrugstatbestand - ebenso wie Schwarz-Dreher - das dem Betrugstatbestand selbst nicht zu entnehmende Merkmal der "Stoffgleichheit" zwischen Schaden und Vermögensvorteil, ohne sich über die Faktoren

(290) vergl. Schönke-Schröder Anm. IV § 263

(291) NJW 1962, 722

des Betrugstatbestandes selbst klar zu werden. Ehe man aber die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB in ihrer "funktionalen Beziehung" sieht, muß man sie in ihrem existentiellen Dasein erfassen und begreifen. Eine Aussage über die Stoffgleichheit läßt sich nur dann machen, sobald man den "Stoff" dieser Stoffgleichheit selbst kennt.

Die Begrenzung des betrugsrelevanten Irrtums durch Herstellung einer funktionalen Beziehung zwischen Irrtum und Vermögensschaden, wie Schröder sie vornimmt, ist im Grunde eine Begrenzung der Haftung des Täters durch Herstellung eines besonderen "Rechtswidrigkeitszusammenhangs" zwischen Irrtum und rechtswidrigem Vermögensschaden. Der allgemeine Betrugstatbestand des § 263 StGB gewährt dann keinen Strafanspruch für *a l l e* Schäden, die durch die Handlungsweise des mittelbaren Fremdschädigers *v e r u r s a c h t* worden sind, sondern nur für *s o l c h e* Schäden, auf die sich Täuschung und Irrtum bezogen (Identität der Gegenstände der Täuschung und Schädigung). Die objektiv zurechenbaren Schäden werden dann vielmehr auch durch die Voraussetzung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs begrenzt. Diese Betrachtungsweise sieht die Frage der Haftungsbegrenzung nicht ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Kausalzusammenhangs, sondern unter dem eines sogenannten "funktionellen" Zusammenhangs.

Dennoch könnte unter dem Banner des sog. Rechtswidrigkeitszusammenhangs noch etwas weiteres für eine Haftungsbegrenzung ins Feld geführt werden. Das Zivilrecht kennt seit Rabel (292) die Frage der Haftungsbegrenzung durch den "Schutzzweck der verletzten Norm" (293). Wenn wir diesen Gedanken für das Strafrecht druchtbar machen, ließe sich vielleicht der von Schröder geforderte "Rechtswidrigkeitszusammenhang" zwischen Täuschung und (rechtswidrigem) Vermögensschaden aufrechterhalten. "Rechtswidrigkeitszusammenhang" bedeutet ja in diesem Zusammenhang wohl,

(292) Das Recht des Warenkaufs (Neudruck 1957) Bd. 1
Seite 488 ff

(293) vergl. hierüber zuletzt Th.Raiser JZ 1963, 462 ff

daß nur derjenige Vermögensschaden rechtswidrig ist, der inhaltlich mit der Täuschung voll übereinstimmt. Jeder über diese Täuschung hinausgehende Nachteil ist zwar Vermögensschaden, der, da er sich inhaltlich mit der Täuschung (und infolgedessen mit dem durch die Täuschung hervorgerufenen Irrtum) nicht deckt, jedoch nicht rechtswidrig sein kann.

Der Rechtswidrigkeitszusammenhang bedeutet im Zivilrecht, daß grundsätzlich nur der Schaden zu ersetzen ist, dessen Eintritt die haftungsbegründete Norm nach ihrem Sinn und Zweck verhindern soll, d.h. die Tatfolge muß innerhalb des "Schutzbereiches" der verletzten Norm" liegen (294). Der Ersatz des mittelbaren Schadens scheidet im Zivilrecht also aus (294). Über § 823 Abs. II BGB läßt sich ein so gefaßter "Rechtswidrigkeitszusammenhang" auch in die Norm des § 263 StGB hineininterpretieren. Wenn - wie Schröder meint - hier die Formel der einfachen Kausalität nicht ausreicht, um dem Problem der Haftungsbegrenzung gerecht zu werden, so müßte auf der Suche nach neuen Wegen die Frage ins Licht gerückt werden, ob neben die bisher ausschließlich kausale Tatbestandsanalyse eine mehr oder weniger normative und teleologische Rechtsfolgewertung zu treten hat (295). Auch im Rahmen der Bestimmung des § 263 StGB muß daher zunächst gefragt werden, ob der für die Haftung des Täters geltend gemachte (mittelbare) Schaden innerhalb des Schutzzwecks dieser Norm liegt, oder mit den Worten des BGH (296), ob es sich dabei um Folgen handelt, die in den Bereich der Gefahren fallen, um deretwillen die Vorschrift des § 263 StGB erlassen wurde. Hier ist Voraussetzung der Haftung des Täters (Betrügers), daß der Vermögensschaden im Rahmen der durch das "Schutzgesetz" geschützten Interessen liegt, daß also der Schaden aus der Verletzung eines **R e c h t s g u t e s** entstanden ist, zu dessen Schutz die Rechtsnorm erlassen ist.

Damit ist der entscheidende Gesichtspunkt des verletzten Rechtsgutes angesprochen. In der Tat hat jede normativ-teleologische Norminterpretation sich am geschützten Rechts-

(294) vergl. Enn.-Nipperdey § 208 II 3 bB * Seite 1276

(295) Hierzu für das Strafrecht schon Hegler, ZStW 36 (1915) Seite 20 ff, der dort ein teleologisches System des Strafrechts und seiner Materie zu skizzieren versucht.

(296) BGHZ 27, 137

gut zu orientieren. Während nun in der Vorschrift des § 823 Abs. I BGB das Vermögen als solches nicht geschützt wird, der Schutz dieser Norm vielmehr einzelne festgesetzte Rechte und Rechtsgüter, wie Eigentum, Leben, Freiheit usw., umfaßt, ist Gegenstand des Interessenschutzes in § 263 StGB einzig und allein das **V e r m ö g e n**. Für die Schadenszurechnung bedeutet dies folgendes: Die Norm des § 263 StGB will durch das Verbot, das Rechtsgut des Vermögens im weitesten Sinn zu verletzen, und durch die Pflicht zur Wiedergutmachung, die an einen schuldhaften Verstoß gegen diese Bestimmung geknüpft ist (§§ 823 Abs. II. BGB i. Verb. mit 263 StGB), gegen alle Gefahren schützen, die sich bei einer Verletzung des in § 263 StGB geschützten Rechtsgutes ergeben. Während in § 823 Abs. I BGB nur die Folgen der Verletzung der dort genannten Rechte und Rechtsgüter (Eigentum, Leben, Freiheit usw.) dem Täter (=Verletzer) zugerechnet werden, so ist Gegenstand und Inhalt einer solchen Zurechnung in § 263 StGB die Verletzung des Rechtsgutes Vermögen. Das bedeutet aber: Alle Folgen der Täuschung, die mit der Vermögensverletzung ursächlich zusammenhängen, und die einen Vermögensschaden darstellen, fallen in den Bereich, der durch die Norm des § 263 StGB geschützt wird. Auch durch mittelbare Folgen sind Gefahren verwirklicht, die das Gesetz verhüten will. Die besonderen Aufwendungen, denen der Betrogene im Melkmaschinen-Fall (297) ausgesetzt war, haben mittelbar etwas mit der Einwirkung des Täters auf das Vermögen des Opfers zu tun. Die Gefahr, kostspielige Kredite aufnehmen zu müssen, mag zwar im Rahmen eines mit dem Erwerb der Melkmaschinen verbundenen Risikos liegen. Daß hierdurch der Getäuschte einen allgemeinen Vermögensverlust und damit einen Schaden an geldwerten Gesamtvermögen erlitten hat, läßt sich ernstlich nicht bestreiten (298).

(297) BGHSt 16, 321

(298) Ebenso Schröder (NJW 1962, 721) z.T. anerkennend. Schönfeld (JZ 1964, 209 Anm. 52) nimmt in diesen Fällen Eingehungsbetrug dann an, wenn angesichts der kritischen Wirtschaftslage des Getäuschten die Gegenleistung vom Betroffenen zu teuer erkaufte wird.

Mangels gegensätzlicher Indizien wird man mit Fug sagen dürfen, daß auch dieser Nachteil zu den Gefahren gehört, die das Gesetz abwenden will, indem es sich des Schutzes des **V e r m ö g e n s** annimmt. Die "komplizierten und minutiösen" (299) Vorschriften der Rechtsordnung über die Vermögensverhältnisse und ihren Schutz haben d a n n nicht den Sinn, dem einzelnen Vermögensinhaber das Risiko für sein wirtschaftliches Handeln selbst aufzubürden, wenn der Inhaber dieses Vermögens unter dem bestimmenden Einfluß einer Täuschung handelt. Auch mittelbare Folgen (!) der Täuschung und des Irrtums liegen sonach im Schutzbereich des Gesetzes (der Norm), sofern sie sich als eine echte Vermögensschädigung darstellen. Es zeigt sich hier m.E. ganz deutlich, daß der von Schröder verwandte Gedanke des "Rechtswidrigkeitszusammenhangs" nicht zu der von ihm verfochtenen Ablehnung einer Einbeziehung des mittelbaren Schadens in den Schutz- und Haftungsbereich des § 263 StGB führt. Gerade der Zurechnungsgesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm des § 263 StGB zeigt uns das Gegenteil: der mittelbare, anlagebedingte Schaden ist in einem Bereich aufgetreten, der i n n e r h a l b der Zweckbestimmung des Gesetzes liegt. Der "Rechtswidrigkeitszusammenhang" ergibt die Rechtswidrigkeit auch dieses mittelbaren Schadens!

d) Das Argument der bewußten und gewollten Selbstschädigung

Wenn Schröder (300) im Falle BGHSt 16, 321 ff Leitsatz c (unvertretbare Belastung des "Budgets" des Opfers) einen Betrug deshalb ablehnen will, weil hier eine b e w u ß t e Selbstschädigung vorliege, so ist das insofern und insoweit richtig, als der Betrug in der Regel auf einer bewußten und gewollten Vermögensverfügung und damit Selbstschädigung beruht. Auch diese gewollte und bewußte Selbstschädigung wird vom Opfer unter dem psychischen Eindruck der Täuschung (e i n e r Täuschung, wie wir sagen wollen) begangen, und zwar deshalb, weil der

(299) Bockelmann JZ 1959, 498

(300) NJW 1962, 722 r.Sp.; Komm. 11 Aufl. Randn. 99 zu § 263

Getäuschte glaubt, aufs Ganze gesehen, d.h. mit dem Blick auf sein Gesamtvermögen, noch vorteilhaft abschneiden zu können. Daß der Getäuschte das volle Bewußtsein einer Selbstschädigung und auch den Willen hierzu hat, schließt den Betrug nicht aus.

e) Das Argument des mittelbaren Vorteils bei der Kompensation

Bekanntlich reicht für die Schadenskompensation ein nur mittelbarer V o r t e i l nicht aus (301). Auf Einzelheiten soll hier nicht eingegangen werden. Für die Schadensbegründung genügt, wie wir oben gesehen haben, auch jeder mittelbare S c h a d e n , sofern sich durch einen solchen mittelbaren Nachteil nur das Gesamtvermögen des Betroffenen vermindert hat. Liegt hierin nicht ein Widerspruch ? Schröder (302) benutzt diesen (scheinbaren) Widerspruch , um - da bei der Schadenskompensation der mittelbare Vorteil außer Betracht bleibt - für die Schadenskonstitution einen mittelbaren Nachteil abzulehnen. M.E. handelt es sich hierbei um ein Scheinproblem innerhalb des Kompensationsrechtes, das seiner Singularität wegen für die Haftungs begründung und Haftungsbegrenzung nicht herangezogen werden kann. Es zeigt sich hier eben nur wieder, daß Vor- und Nachteil einander größenordnungsmäßig nicht entsprechen müssen, der Nachteil des Betroffenen quantitativ mit dem Vorteil des Täters nicht "identisch" zu sein braucht.

Die unterschiedliche quantitative Behandlung von Vorteil und Nachteil, soweit es sich bei ihnen um nur mittelbare Größen handelt, erklärt sich aus dem eigenartigen Wesen des Betruges als eines Selbstschädigungsdeliktes, bei welchem der Täter durch unerlaubte Einwirkung auf den Motivationsprozeß des Opfers mittelbar den Schaden verursacht. Der Betrogene schädigt sich s e l b s t, und dem Betrüger sind aus Gründen, die früher näher dargelegt wurden, sämtliche Schadensereignisse, also das Gesamtvolumen an Schaden, zuzurechnen. Der Schwerpunkt des Betrugsdeliktes liegt in der

(301) Jagusch LK Vorbem. III 3 b cc vor § 249 mit umfangreichen Nachweisen und Beispielen

(302) NJW 1962, 721

erfolgreichen Schadenszufügung, die Gewinnung eines Vermögensvorteils braucht deswegen auch nur versucht zu sein. Sämtliche Momente, die geeignet sind, für die Schadensherbeiführung relevant zu sein, also auch alle mittelbaren schadenstiftenden Ereignisse, werden hierfür in Ansatz gebracht und dem Betrüger aufgelastet. Ist aber ein Schaden einmal eingetreten, so kann keine spätere Entwicklung, die den Schaden als wirtschaftlichen Effekt auszugleichen in der Lage ist, diesen entstandenen Schaden - im juristischen Sinne als eine Rechtsverletzung - wieder ungeschehen machen, ihn also "kompensieren". Man sollte daher richtigerweise in den Fällen der sog. compensation lucri cum damno, die ja eine echte Kompensation darstellen, nicht auf die Kausalität und die Einheitlichkeit der Ursache abstellen, um - in Erkenntnis des Mangels einer solchen Einheitlichkeit - den ausgleichenden Gewinn durch Freigiebigkeit Dritter oder Entschädigung aus öffentlichen Mitteln oder sonstige Vermögenszugänge aus Anlaß des Schadensvorganges von der kompensierenden Verrechnung mit dem eingetretenen Schaden fernzuhalten. Denn all diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, daß sowohl ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Schadensereignis und Vorteilserlangung bestehen kann (spontane Sammlung für den Geschädigten), als auch die sog. Einheitlichkeit des Ursachenzusammenhangs gewahrt bleibt (303).

Es genügt für die Kompensation festzustellen, daß zu einem bestimmten Zeitpunkt ein realer Schaden eingetreten ist, um vollendeten Betrug anzunehmen. Nur wenn die Schädigung immanent einen entsprechenden Vorteil enthält, die Schädigung also unmittelbar ausgeglichen werden kann (also gar nicht erst zum Entstehen gelangt), entfällt ein Schaden. Daß nur die durch den Vorgang der Schadenszufügung selbst unmittelbar eintretende Vermögensminderung bei der Ermittlung des Schadens berücksichtigt wird, die spätere Entwicklung dabei grundsätzlich außer Betracht bleibt,

(303) Hirschberg, Vermögensbegriff S. 307;
Votum GS 43, Seite 369

hat eben seine Berechtigung darin, daß nachträglich Vorteile dem Getäuschten nicht deswegen vermittelt werden, damit der Betroffene keinen Schaden erleide, sondern ausschließlich zu dem Zweck, um diesem einen Ersatz für erlittene n Schaden zu verschaffen. So zeigt es sich, daß es einen guten Grund hat, bei der Vorteilsausgleichung bzw. Schadenskompensation zwar einen mittelbaren Schaden in Ansatz zu bringen, einen mittelbaren Vorteil dagegen auszuschließen. Vorteil und Nachteil brauchen einander nicht zu entsprechen, stellen- oder größengleich zu sein !

- f) Von vornherein abzulehnen ist die Theorie Olshausens (304) und Naglers (305), die mit dem Begriff der Unterbrechung des Kausalzusammenhangs arbeiten und hierdurch die Einbeziehung des dem Opfer des Betruges entstandenen mittelbaren Schadens ablehnen. Seit Engisch's Untersuchungen über die "Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände" (306) erübrigt sich der Gebrauch dieses Begriffes infolge seiner Willkürlichkeit und Entbehrlichkeit. Man könnte in diesen Fällen allenfalls von einer Unterbrechung des Verantwortungs- oder Haftungszusammenhangs sprechen, (bei welchem es auf eine Unterbrechung eines Bedingungs- oder Ursachenzusammenhangs im Sinne einer speziellen Kausalitätstheorie nicht mehr ankommt), insofern nämlich, als es fraglich erscheint, jede nur erdenkliche mittelbare Schädigung dem Täter aufzubürden. Die Lösung dieser Frage liegt jenseits von Kausalität und Konditionalität; sie ist zu suchen in den Bereichen des Vorsatzes sowie der Tat- und Handlungs- bzw. Erfolgszurechnung, wie sie unter dem Gesichtspunkt des "Rechtswidrigkeitszusammenhangs" oben bereits behandelt wurde. Soweit die Gegenstimmen.

(304) Komm. N. 25 b § 263; desgleichen OLG Hamburg LZ Bd. 13 (1919) S. 447; Bay Ob LG (Bay 55, 10)

(305) LK (6/7 Aufl.) Anm. II 2 c zu § 263 S. 441; ebenso Schwarz, Das Deutsche Strafgesetzbuch, 1914, Anm. 8 e

(306) S. 38

All diesen Lehrmeinungen gegenüber bietet die hier vertretene Ansicht den Vorteil, daß sie die Lösung des Problems der vermögensstrafrechtlichen Behandlung des mittelbaren Schadens dort suchen kann, wo es seinen zentralen Sitz hat, nämlich im strafrechtlichen Vermögens- und Schadensbegriff. Diese Lösung hat den Einwand zu erwarten, daß sie in unzulässigem Gegensatz zum Schadensersatzrecht des Zivilrechts stehe:

§ 823 Abs. I BGB verbiete den Ersatz des mittelbaren Schadens, über die Betrugslösung sei dann aber dem mittelbar Geschädigten der Weg geöffnet, gemäß §§ 823 Abs. II BGB in Verb. mit § 263 StGB eben diesen mittelbaren Schaden zurückzufordern (§ 249 BGB). Aber der Einwand greift nicht durch ! Zunächst bedeutet die hier vorgeschlagene Lösung nur, daß die Veranlassung des Opfers zur mittelbaren Selbstschädigung in der Regel als Betrug bestraft werden kann. Das Strafrecht hat - im Gegensatz zum Zivilrecht - keine Vermögensverhältnisse zu ordnen, sondern Handlungen zu werten. Es ist deshalb auch keine ungewöhnliche Erscheinung, daß der strafrechtliche Vermögensschutz eben dieses Umstandes wegen weiter reicht als der zivilrechtliche. Soweit wir es hier mit Normwidersprüchen zu tun haben (§ 823 Abs. I BGB einerseits, §§ 823 Abs. II BGB, 263 StGB andererseits), muß die Lösung auf dem Gebiete des Zivilrechts gefunden werden. Es kann nicht die Aufgabe des Strafrechts sein, einen Beitrag zur zivilrechtlichen Schadensbegrenzung zu liefern. Der Gesetzgeber hat diesen Interessenkonflikt zwischen Straf- und Zivilrecht gesehen und dahin gelöst, daß der Zivilrichter nicht an den Inhalt eines strafrechtlichen Urteils gebunden ist (§ 14 Abs. II Ziff. 1 EGZPO). Aus der Verurteilung wegen Betruges folgt keine automatische Schadensregulierung; diese ist vielmehr rechtlich selbständig zu würdigen (307).

(307) Anm.: In diesem Punkte zustimmend Naucke, Betrug S.180: Die bürgerlich-rechtliche Regelung und Wertung sei für das Strafrecht nicht entscheidend.

4. Abschließend soll noch auf das Urteil des BGH vom 12. 6. 1958 (308) im Zusammenhang mit dem Problem des mittelbaren Schadens hingewiesen werden. Der BGH äußert sich erstaunlicherweise in der Urteilsbegründung selbst nicht zu der Frage, ob auch der indirekte Schaden unter § 263 StGB fällt. Folgender Sachverhalt lag dem Urteil zugrunde:

Der Angeklagte hatte durch lügnerische Vorspiegelungen vom Wagenvermieter E einen Mietwagen unter dem Versprechen erlangt, ihn noch am gleichen Tage zurückzubringen. Tatsächlich hat der Angekl. den Wagen jedoch mehrere Tage weiter benutzt, wie er es von vornherein geplant hatte. Unterwegs verursachte er einen Unfall, durch den der Wagen erheblich beschädigt wurde. Er gab ihn sodann in eine Werkstatt zur Ausbesserung; deren Kosten beliefen sich auf mehr als 1.000 Mark, die der Angekl. nicht bezahlte.

Der Schaden des E konnte nun in zweierlei bestehen : Einmal ist dem E ein direkter Schaden dadurch erwachsen, daß er für längere Zeit seinen Wagen nicht anderweitig vermieten konnte (evtl. Verdienstausschlag, Besitzaufgabe des Wagens und Preisgabe der Nutzungsmöglichkeit). Der darüber hinausgehende Schaden (Sekundärschaden) könnte in der Verpflichtung des E liegen, die anfallenden Reparaturkosten zu zahlen (Unfallschaden und dessen Folgen). Sollte E tatsächlich aufgrund der §§ 994 ff BGB (309) zur Zahlung verpflichtet sein, so wäre dies ein mittelbarer Schaden, der jedoch im konkreten Fall niemals im Augenblick der Täuschung vom Vorsatz des Täters umfaßt war. Der BGH hatte also gar keinen Anlaß, zu diesem Thema Stellung im Grundsätzlichen zu beziehen. Lediglich im Leitsatz Nr. 3 führte der BGH folgendes, unbewiesen und ohne Bezugnahme auf den konkreten Sachverhalt aus: "Die über den unmittelbaren Schaden hinausgehenden weiteren Nachteile fallen nicht unter das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens i.S. des § 263 StGB".

(308) 4. Strafsenat, VRS Bd.15 (1958) S.112 ff (114)

(309) vergl. dazu BGHZ 27, 318 ff und dazu Raiser, Verwendungsansprüche des Werkunternehmers, JZ 1958, 681 ff

Den hier vertretenen Standpunkt (Einbeziehung des mittelbaren Schadens in § 263 StGB) hat das RG in zahlreichen Entscheidungen (310) gebilligt. So heißt es z.B. in RGSt 23, 430 ff (437) wörtlich :

"Verantwortlich (!) gemäß § 263 StGB ist ... für den entstandenen Schaden derjenige, welcher ihn, um sich rechtswidrig zu bereichern, durch Täuschung herbeigeführt hat und der Möglichkeit eines solchen Erfolges sich b e w u ß t gewesen ist." In der Entscheidung RGSt 16, 1 ff (5) heißt es: "Die Wirkungen der Täuschungshandlung können nicht bloß unmittelbare, sondern auch mittelbare sein, und auch die letzteren sind zu berücksichtigen, und zwar soweit, wie der Kausalzusammenhang derselben mit der Täuschungshandlung nachgewiesen werden kann. Zu den mittelbaren Wirkungen gehört nicht bloß der mittelbare Schaden, sondern auch der entgangene Gewinn ...".

In RGSt 25, 182 ff (184 ff) hatte der Beklagte schlechte Ware vertragswidrig geliefert, durch welche der Käuferin ein mittelbarer Nachteil dadurch entstand, daß ihr durch verhinderten Weiterverkauf Gewinn entging und sie dadurch Kundschaft verlor. Das RG (311) führt hierzu aus: "In diesem Sinne verstanden, kann die Annahme des Eintritts einer Vermögensbeschädigung bei Erfüllung des Vertrages ... als Tatbestandsmerkmal des Betruges rechtlich umsoweniger beanstandet werden, als auch die Feststellung des Kausalzusammenhangs jener Wirkungen (scil. der mittelbaren Schädigung) mit den Täuschungshandlungen ... rechtlich nicht von der Hand zu weisen ist. Es kommt deshalb auf die sonstigen Feststellungen bezüglich der vom Vorderrichter als "direkter" Schaden bezeichneten Benachteiligung der Frau K. nicht weiter an ..." (312).

(310) Nachweise vergl. LK Vorb. III 4 n vor § 249

(311) a.a.O. S. 185

(312) a.a.O. S. 185

In RGSt 29, 357 ff (361 ff) wird die Frage aufgeworfen, ob die mit Beschickung einer Ausstellung verbundenen Kosten eine Vermögensbeschädigung i.S. des § 263 StGB sind. Nach Ansicht des Vorderrrichters hat der Angeklagte den Eintritt d i e s e r Vermögensbeschädigungen, die von der Beschickung der Ausstellung unzertrennlich waren, vorausgesehen und gewollt, also in seinen Schädigungsvorsatz aufgenommen. Das RG billigt diese Begründung der Vorinstanz, hebt das Urteil aber deswegen auf, weil die Frage der Vorteilsausgleichung vom LG nicht hinreichend geprüft wurde. In der Entscheidung RGSt 49, 21 ff (27 ff) endlich lehnt das RG einen mittelbaren Schaden zur Begründung des Betruges ab, allerdings in dem konkreten Fall zu Recht. Der Angeklagte hatte ein Webeverfahren nebst Vorrichtungen patentieren lassen. Danach entwickelte er unter Versendung von Werbematerial an Privatinteressenten eine umfangreiche Werbetätigkeit für Gründung einer AG zur Verwertung seiner Erfindung. Zwei Erwerber von Bezugsrechten erachteten sich durch unwahre Angaben, die ihnen der Angeklagte bezüglich seiner Erfindung gemacht hatte, für betrogen. Das RG lehnt - was hier nicht weiter interessiert - einen unmittelbaren Schaden ab; zum mittelbaren Schaden führt es aus: "Wenn gleichwohl das Unternehmen später fehlgeschlagen wäre, etwa weil sich die Erfindung ... doch nicht bewährte, weil die Stärke des Bedürfnisses, das sie befriedigen sollte, überschätzt worden war, oder weil sie aus sonst einem Grunde keinen ausreichenden Abnehmerkreis schaffen konnte, so würde die h i e r a u f beruhende Schädigung der Erwerber (scil.: Erwerber der Bezugsrechte) mit Rücksicht darauf keine Vermögensbeschädigung i.S. des § 263 StGB sein, da es sich um ein Wirksamwerden von Gefahren gehandelt haben würde, die sie nach der ihnen b e k a n n t e n N a t u r der eingegangenen Geschäfte übernommen hatten".

Mit anderen Worten: Es handelt sich bei dem Erwerb der Bezugsrechte um riskante Geschäfte, bei denen der Erfolg oder Mißerfolg nicht vorauszusehen war. Die spätere

Lukrierung der Erfindung als Grundlage der späteren AG stand so völlig außerhalb der Täuschungs- und Betrugshandlung des Täters, daß ihm d e s h a l b ein mittelbarer Schaden n i c h t anzurechnen war. Eine grundsätzliche Ablehnung der Einbeziehung des mittelbaren Schadens in den Tatbestand des Betruges enthält dieses Urteil entgegen vielfacher Ansicht nicht.

Daß die Kaufkraft, ein vernünftiges wirtschaftliches Gebaren, kurz : die gesamtbetriebswirtschaftlichen Verhältnisse des Getäuschten bei der Schadensfeststellung und -ermittlung mit zu berücksichtigen sind, haben das RG und auch der BGH oftmals ausgesprochen (313).

Den Versuch einer Klärung der Rechtsgrundsätze, wonach dem Täuschenden auch der mittelbare Schaden zugerechnet werden kann, hat der 4. Strafsenat des BGH in einem Beschluß vom 16.8.1961 (313 a) unternommen. Der Sachverhalt dieses sog. Melkmaschinen-Falles ist bereits oben Seite 4 unter Nr. 4 geschildert worden. Der BGH ist bemüht, durch eine typisierende Fallgestaltung die mögliche Zurechnung des mittelbaren Schadens zu umgrenzen und kommt dabei, kurz gesagt, zu folgenden Ergebnissen : Wenn sich aufgrund einer Täuschung jemand zu einer Leistung verpflichtet und dafür eine gleichwertige Gegenleistung erhalten soll, so ist ein Vermögensschaden in drei Fällen gegeben :

- a) Wenn der Erwerber durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen gezwungen wird, oder
- b) wenn bestehende oder neu aufzunehmende Zahlungsverbindlichkeiten voraussichtlich nicht oder nicht vollständig oder nicht zum vereinbarten Zeitpunkt erfüllt werden können, oder
- c) wenn der Getäuschte infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerläßlich sind.

(313) vergl. die Entscheidungen RG HRR 1935 Nr. 1351; RG HRR 1938 Nr. 352; 1941 Nr. 169; RG DR 1939, Nr. 1509; RGSt 23, 430; 49, 21; 76, 49; BGHSt 3, 99 (102); BGH bei Dallinger MDR 1952, 408

(313 a) BGHSt 16, 321 ff

Diese Thesen halten nur teilweise einer kritischen Durchleuchtung stand. Dem vom BGH hier unter a) Ausgeführten muß nach den oben entwickelten Grundsätzen der mittelbaren Schadenszurechnung uneingeschränkt zugestimmt werden. Muß der Getäuschte, um die erforderlichen Mittel zur Erfüllung des zwischen ihm und dem Täuschenden abgeschlossenen Vertrages zu beschaffen, ein anderes wirtschaftlich ungünstiges Geschäft abschließen, etwa durch Aufnahme eines hoch zu verzinsenden Kredits oder durch unvorteilhafte Veräußerung eines Wertpapiers oder eines Sachwerts, dann hat der Getäuschte die ihm verkaufte Sache wirtschaftlich zu teuer erkaufte. Hat beispielsweise die Melkmaschine 10.000.-- DM gekostet und war sie diesen Preis auch wert, hat der Getäuschte aber einen mit 10 % per anno zu verzinsenden Kredit aufnehmen müssen, um das Geschäft erfüllen zu können, dann hat ihn die Maschine nicht 10.000.-- DM, sondern 11.000.-- DM gekostet. Der Getäuschte hat im Ganzen ein Mehr an Vermögen aufwenden müssen, um die Maschine zu bekommen, als diese an Wert besaß. Er ist mithin wirtschaftlich geschädigt worden.

Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit (vergl. These Nr. c) ist deswegen kein betrugsrelevanter Schaden, weil es hier an einem konkreten realen und meßbaren wirtschaftlichen Vermögensschaden fehlt. Denn auch der mittelbare Schaden muß immer noch Vermögensschaden sein ! Hat ein Rechtsgeschäft, das an sich auf den Getäuschten nicht unmittelbar schädigend wirkt, zur Folge, daß der Getäuschte von nun an seinen privaten Haushaltsplan herabsetzen muß, (also z.B. statt Butter jetzt Margarine essen muß, statt vier mal monatlich nur noch zwei mal im Monat ins Kino gehen kann etc.), so wird man in diesen Einschränkungen in der Lebensführung zwar einige Unannehmlichkeiten sehen können, keineswegs wird hiermit aber ein meßbarer Vermögensschaden begründet. Denn der Zweck all dieser einschränkenden Maßnahmen ist doch gerade der, den gegenwärtigen Umfang des Vermögens des Getäuschten zu erhalten

bzw. nach Möglichkeit zu mehren. Der Getäuschte schränkt sich in seiner wirtschaftlichen und privaten Bewegungsfreiheit ein, um in Zukunft keinen Schaden zu erleiden (etwa in Konkurs zu fallen), nicht aber, weil er geschädigt ist! Gerät der Getäuschte derart in Not, daß er krank wird oder vor Hunger stirbt, so ist er nicht an seinem Vermögen, sondern an seinem Körper, seiner Gesundheit oder an seinem Leben geschädigt. Den Schutz dieser Rechtsgüter übernimmt aber nicht der Betrugstatbestand.

Aber auch dann liegt kein Vermögensschaden vor - und zwar auch kein mittelbarer - wenn die durch den Vertrag verursachte Bindung von Vermögenswerten einen so starken Mangel an Mitteln herbeiführt, daß bestehende oder neu aufzunehmende Zahlungsverbindlichkeiten nicht oder nicht vollständig oder nicht zum vereinbarten Zeitpunkt erfüllt werden können. (These Nr. b) Die Zahlungsschwierigkeiten sind kein Vermögensschaden, da den Gläubigern des Getäuschten ja infolge des durch Täuschung zustande gekommenen und abgewickelten Rechtsgeschäftes kein Vermögen als Haftungsgrundlage entzogen worden ist. Der Kauf der Melkmaschine hat lediglich den Aufbau der Kapitalgüter beim Getäuschten verändert. Die Kapitalstruktur hat eine Umwandlung erfahren: Was vorher Betriebskapital (flüssige Mittel = Geld) war, ist nun infolge der Abwicklung des Rechtsgeschäftes (Veräußerung der Maschine) zu Anlagekapital (Grundstücke, Gebäude, Maschinen) geworden. Die Illiquidität als Folgeerscheinung der Täuschung ist für sich genommen keine Vermögensschädigung; durch sie wird eine Verminderung des Gesamtgeldwerts des Vermögens nicht erzielt.

5. Der gutgläubige Erwerb einer unterschlagenen Sache vom Nichtberechtigten

Mit dem oben näher Ausgeführten erledigen sich auch die Einwände gegen die Bestrafung durch Veräußerung einer unterschlagenen beweglichen Sache an einen Gutgläubigen

wegen Erfüllungsbetruges. Hätte z.B. im "Melkmaschinen-Fall" der Täter die verkaufte Melkmaschine unterschlagen, so würde das oben im Text Gesagte (Einbeziehung des mittelbaren Schadens in den Betrugstatbestand) die gleiche Geltung beanspruchen können. Es wäre auch unverständlich, wenn der Eigentümer oder der zur Verfügung über die Sache Berechtigte aus § 263 StGB bestraft werden soll, dagegen der die Sache unterschlagende Täter nicht. Einer Einschränkung bedarf es aber: nicht j e d e Veräußerung einer unterschlagenen Sache ist Betrug. Zur Begründung des Betruges bedarf es jeweils einer konkreten Schadensabgrenzung nach zwei Seiten hin, , die im wesentlichen durch die Eigentumsordnung des Zivilrechts festgelegt wird. Allein die Tatsache, daß der Erwerber eine unterschlagene Sache erworben hat, macht die Handlungsweise des Täters nicht zum Betrüge. Denn das BGB läßt den Erwerber Eigentümer schlechthin werden, es kennt weder gutes noch schlechtes Eigentum. Eine "Verdinglichung des Sittlichkeitsbegriffes" (314) durch die Einführung eines "bemakelten Eigentums" (Makeltheorie) widerspricht nachgerade der zivilrechtlichen Regelung des Interessenkonfliktes zwischen Alteigentümer und Erwerber (315). Ebenso scheiden die sonstigen, mit dem Erwerbe der unterschlagenen Sache verbundenen Nachteile (wie die Gefahr, in einem Vindikationsprozeß gegenüber dem Alteigentümer zu unterliegen oder die Kosten dieses Prozesses zu bezahlen, Schwierigkeiten mit Aufsichtsbehörden oder Organen des Handelsstandes zu bekommen oder sonst an Ansehen zu verlieren (316)) dann als betrugsirrelevant aus, wenn sie keine konkrete Vermögensminderung mit sich bringen, die sich als ein mit dem Erwerb der unterschlagenen Sache verbundenes Sonderopfer (wie einer Kreditaufnahme usw.) darstellt. Die zivilrechtlichen Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten burden dem Erwerber die Last der Verteidigung auf; er trägt das Risiko seiner wirtschaftlichen Anschaffungen und Investitionen. Ein mittelbarer Vermögensschaden liegt also nur dann vor, wenn

(314) Kohlrausch-Lange Anm. V 2g zu § 263

(315) Vergl. hierzu z.B. Oehler, GA 1956, S. 161 ff

(316) Vergl. BGHSt 15, 83 ff. Im Sinne des Textes Mittelbach JR 1961, 70; Maurach BT S. 310; Gutmann MDR 1963, 94

der Erwerb der unterschlagenen Sache mit besonderen wirtschaftlichen Aufwendungen verbunden ist, die den Erwerber der Sache zu besonderen Opfern zwingen, und zwar zu Opfern, die gerade nicht mit der Tatsache der Unterschlagung der Sache in Zusammenhang stehen. Ein solcher Vermögensschaden kann sich nur im Zusammenhang mit den Maßnahmen ergeben, die vom Inhaber des betreffenden Vermögens in Erwartung der Gegenleistung des Täters getroffen oder doch beabsichtigt sind (Verkauf von Wertpapieren, Kreditaufnahme usw.), je nachdem, ob ein vollendeter oder ein versuchter Betrug vorliegt (317).

-
- (317) Beispiel: Würde im Melkmaschinen-Fall (BGHSt 16, 321 der getäuschte Landwirt, bevor er die vermögensschädigenden Maßnahmen (Kreditaufnahme usw.) trifft, unerwartet Erbe eines größeren Vermögens werden, so daß nunmehr die Maßnahmen unterbleiben, so läge nur versuchter Betrug - bei entsprechendem Vorsatz des Täters - vor : eine (mittelbare) Vermögensschädigung ist beim Opfer nicht eingetreten.

IV. Stoffgleichheit und Drittwirkung der Täuschung und Vermögensverfügung :

Die Anwartschaften im System des Betrugstatbestandes

1. Ausgangspunkt :

An dieser Stelle muß noch auf den Falltypus der - wie ich es nennen will - Drittwirkung von Täuschung und Vermögensverfügung eingegangen werden. Es handelt sich hierbei um eine Fallkonstellation, bei der infolge der Verfügung des Getäuschten eine Leistung (Zuwendung) an den Täter oder einen anderen erfolgt, aber unter solchen Umständen, daß nicht das Vermögen des Getäuschten davon berührt wird, sondern das eines Dritten. Nicht zu verwechseln sind diese Fälle mit dem herkömmlichen Fall der Nichtidentität von Geschädigtem und Getäuschten, in welchem der Getäuschte über f r e m d e s Vermögen verfügt (318) und gewissermaßen nur als Durchgangsposten figuriert: Erfolgt die Vermögensverfügung, so wird nicht er ärmer, sondern der Vermögensinhaber, unterbleibt die Verfügung, so bleibt nicht er reicher, sondern ebenfalls der Vermögensinhaber. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Eigentümer E dem B sein Buch verleiht und der T dieses Buch dem Besitzer B mit List abtrügt. Angenommen, B selber hat infolge eines Kompensationsgeschäftes mit T keinen Vermögensschaden erlitten (sein Besitzverlust ist also ausgeglichen), dann bleibt doch die Schädigung des E bestehen (Verlust des Eigentums); B ist für die Vermögensverschiebung E - T nur Mittler und Durchgangsposten.

In den h i e r zu erörternden Fällen verfügt dagegen der Getäuschte ausschließlich über sein e i g e n e s Vermögen (oder über ein Vermögen, über das zu verfügen ihm von Rechtsinhaber bzw. Vermögensinhaber gestattet ist), nur daß hier die Vermögensverfügung "durchstrahlt", eine gewisse Reflex- oder Drittwirkung entfaltet.

(318) Hierzu Schröder ZStW Bd. 60, S. 33 ff;
Schönke-Schröder Anm. VI 6 zu § 263 StGB;
Mezger, StBu II 176

Als Beispiel seien folgende Fälle genannt :

Der Eigentümer E hat dem A eine bewegliche Sache verkauft, aber noch nicht übereignet. T trügt dem E die noch in dessen Besitz befindliche Sache ab, wobei E infolge eines Kompensationsgeschäftes (Geld!) in der Regel nicht geschädigt ist. Betrug zum Nachteil des A ?

Hierunter sind auch die Fälle des Anstellungsbetruges zu rechnen, in denen sich der Täter durch falsche Angaben eine Anstellung erschleicht. Sofern in der Person der getäuschten Anstellungsfirma ein Vermögensschaden (319) nicht festzustellen ist, wird von der Rechtsprechung vielfach (320) dennoch ein Betrug bejaht und ein Vermögensschaden durch Benachteiligung anderer "Anwärter" konstruiert. In dem Fall BGH NJW 1962, 973 hatte der Angeklagte durch unredliches Zusammenwirken mit Angestellten einer öffentlichen Vergabestelle sein Angebot nachträglich verfälscht, um den Zuschlag zu erhalten. Der BGH bejaht, ebenso wie das RG in einem gleichgelagerten Fall (321), die Annahme eines Betruges zum Nachteil der aufgrund der Machenschaften des Täters ausgefallenen aussichtsreichsten Mitbewerber. Ganz ähnlich wird zum Teil in der Rechtsprechung in den Fällen des unberechtigten Bezuges von VW-Aktien der Betrug konstruiert: Der Vermögensschaden soll in der Benachteiligung der übrigen zeichnungsberechtigten Aktienkäufer liegen (322). Oder der Fall RG DR 1941, S. 1886: Hier täuschten die Angeklagten Lieferfirmen

-
- (319) Zum ganzen Problem des Anstellungsbetruges vergl. die Übersicht bei Kohlrausch-Lange V 2d zu § 263 StGB
- (320) Vergl. OLG Celle, Nds. Rpfl. 1947, S. 65 betr. Armensachen der übrigen Rechtsanwälte und der Zulassungsbewerber bei erschlicher Zulassung als Rechtsanwalt; OLG Oldenburg Nds. Rpfl. 1948, S. 95 betr. berufliche Aussichten der übrigen Lehramtskandidaten; OLG Hamm JMBlnRW 1954, S. 132 betr. Anstellung als Leiter einer städtischen Badeanstalt unter Ausschaltung eines bestimmten Bewerbers.
- (321) RG DR 1940, S. 1826; ebenso RGSt 73, 382 (384)
- (322) So z.B. BGHSt 19, 37 = JZ 1964, 70 = NJW 1963, 1835 gegen OLG Hamburg JR 1962, 430 (mit ablehnender Anm. von Schröder) und Maurach NJW 1961, 625. Zum Ganzen noch Schäfer, Kriminalistik 1962, 385; Schäfer und Seyler GA 1963, 338; Bode NJW 1963, 238; Müller DRiZ 1963, 55; Schröder JR 1963, 348; ders. JZ 1964, 467

durch fingierte Dringlichkeitsbescheinigungen, wodurch die Lieferfirmen den Angeklagten Waren lieferten, die natürlich den übrigen Kunden der Lieferfirma deswegen vorenthalten blieben.

2. Lösung des Problems

Das Gemeinsame dieser Fälle liegt in folgendem : Der Eigentümer E oder der sonstige Verfügungsberechtigte überträgt seine eigene Sache (z.B. die Waren) an den Täter und zerstört dadurch zugleich eine Anwartschaft des A (im Falle des RG : der übrigen Kunden der Lieferfirmen). Wenn auch der Untergang der Anwartschaft - die z.B. in der Form einer realen Erwerbsaussicht besteht -, eine automatische und unmittelbare Folge der eigentlichen Vermögensverschiebung ist, so gelangt dennoch - im Unterschied zu den ersten Fällen des Auseinanderfallens der Person des Getäuschten und des Geschädigten - der Nachteil des Dritten - der ja in der Vernichtung dessen Anwartschaft besteht - nicht in das Vermögen des Täters. Dieser bereichert sich nicht a u s dem Vermögen des A (323), sondern aus dem des E - allerdings a u f K o s t e n des A, denn der Erwerb der konkreten Vermögensposition "kostet" den A seine Anwartschaft, der Vorteil des Täters ist für ihn mit einem Nachteil verbunden. Wenn die Besonderheit des Falles also darin liegt, daß der Nachteil des Dritten (A) zum Vermögen des Getäuschten (E) in keiner unmittelbaren Beziehung steht, daß sein Entstehen den E nicht schädigt, dann scheint auf den ersten Blick ein Betrug ausgeschlossen zu sein. Die Vermögensverschiebung hat stattgefunden zwischen zwei Partnern, von denen der eine etwas erlangt hat, was der andere aus seinem Vermögen hat hergeben müssen, ohne deswegen geschädigt zu sein (324). Der eigentlich Geschädigte, nämlich A, hat aus seinem Vermögen nichts hergeben müssen, worum sich ein anderer bereichert hat;

(323) Denn auch wenn man die Anwartschaft zum Vermögen des A rechnet, bereichert sich der Täter nicht um eben diese Anwartschaft; diese verflüchtigt sich vielmehr infolge ihres Unterganges.

(324) z.B. weil ein synallagmatisches Austauschgeschäft vorlag !

ein schädigender Vermögenstransport hat nicht stattgefunden, es wurde nur (kraft Strahlung, Reflex- oder Drittwirkung der Verfügung des E) dessen vorher innegehabte Vermögensposition zerstört (so daß eher die Analogie zu § 303 StGB gegeben wäre). Wohl brauchen Getäuschter und Geschädigter nicht identisch zu sein; dennoch lag in den ersten "klassischen") Fällen der Disjunktion der betroffenen Personen immer ein Sachverhalt vor, nach welchem die Schädigung auf einem Vermögenstransport (Geschädigter - Bereicherter) beruhte: Der Eigentumserwerb des Täters, vermittelt durch die Verfügung des Getäuschten (§§ 929, 932 BGB), konnte nur durch einen äquivalenten Eigentumsverlust des Geschädigten erfolgen.

Wir finden hier eine interessante Variante zur Stoffgleichheit vor. Hatten wir doch bisher angenommen, daß die Begriffe "auf Kosten des Geschädigten" und "aus dem Vermögen des Geschädigten" völlig miteinander übereinstimmen. Die Theorie der Anwartschaft und ihre Anerkennung im geltenden Vermögensstrafrecht nötigen uns zu einer Revision des bisher Gesagten. Ohne auf die Dogmatik der einzelnen Anwartschaften hier näher einzugehen, können wir doch feststellen, daß sich das "Objekt" der Betrachtung, d.h. der Gegenstand des Vorteils und des Nachteils, gewissermaßen "gespalten" hat. Im Fall RG DR 1941, S. 1886 befand sich das "Objekt" selbst im Eigentum und Besitz der Lieferfirma, die über dieses Objekt die uneingeschränkte und rechtlich anerkannte und gebilligte Macht ausübte. So hat der Täter also seinen Vorteil, der in der Erlangung dieses Objektes bestand, aus dem Vermögen der Lieferfirma erhalten. Zugleich aber waren diese Vermögensobjekte Gegenstand einer Aussicht auf ihren Erwerb (=Anwartschaft) durch die übrigen Kunden der Lieferfirmen. Diese "Aussicht auf Erwerb" ist nach Ansicht des Reichsgerichts Bestandteil des Vermögens der Kunden; um diese Aussicht auf Erwerb (Anwartschaft) hat

sich der Täter allerdings nicht bereichert, sie ist seinem Vermögen nicht zugeflossen. Da sich die Waren selbst noch nicht im Vermögen der Kunden der Lieferfirmen befanden, der Täter sich nicht um die Anwartschaft der Kunden bereichert hat, hat der Täter seinen Vorteil auch nicht aus dem Vermögen der Kunden erlangt, sondern aus dem der getäuschten Lieferfirma. Dennoch hat die Vermögensverschiebung die Kunden etwas gekostet; die Zuwendung der Waren an den Täter hat ihnen einen Nachteil gebracht, nämlich den Verlust der Aussicht auf Erwerb eben dieser Waren. Nur infolge des Verlustes ihrer gesicherten Erwerbsaussicht konnte der Täter seinen Vorteil erlangen. Sein Vorteil leitet sich insofern aus dem **N a c h t e i l** der Kunden ab, oder umgekehrt: der **N a c h t e i l** der Kunden folgt aus dem **V o r t e i l** des Täters, obwohl die Waren selbst nicht dem Vermögen der Kunden zugehörten. Dieser scheinbare Widerspruch erhellt aus der durch die Anerkennung der Anwartschaft sich ohne weiteres ergebenden Spaltung der rechtlichen Zuordnung des Vermögensobjektes: Der Gegenstand befindet sich sowohl im Vermögen des Eigentümers (Lieferfirma), wie auch im Vermögen des Anwartschaftsberechtigten (der Kunden der Lieferfirmen). Der Vorgang der Vermögens- oder Interessenteilung, den wir hier im Strafrecht durch die Hereinnahme des Anwartschaftsbegriffes in das System der Vermögensdelikte und in den Begriff des Vermögens vorfinden (326), und der uns dazu geführt hat, dem Anwartschaftsberechtigten ein Vermögensfragment in die Hand zu geben, zwingt uns, die Rechtsfolgen dieser geteilten Vermögensinhaberschaft neu zu durchdenken und für die Problematik der Stoffgleichheit fruchtbar zu machen. Das Wesentliche an der Denkfigur der Anwartschaft ist die Identität der vom Eigentümer beherrschten und vom Anwarter in Aussicht genommenen Sache, die von einer "Interessengemeinschaft" beider im Hinblick auf diese Sache begleitet wird, die durch ein Auseinanderfallen von Recht (Vermögen) und rechtlich geschützten Interessen

(326) vergl. die Parallelbeurteilung der "Eigentumsspaltung" im Zivilrecht in der Schrift von Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961

entsteht, ein Auseinanderfallen, das wiederum durch eine besonders enge Beziehung zwischen Lieferfirma und Kunden bedingt ist. Diese Interessengemeinschaft zwischen dem besitzenden Eigentümer der Sache und dem Anwärter auf sie muß sich auch für den Fall des Eingriffs durch Dritte auf die Sache auswirken. Denn wenn § 263 StGB den Schutz des Gesamtvermögens einer Person gegen rechtswidrige Eingriffe übernimmt, dann sind im Falle RG DR 1941, 1885 infolge der lügnerischen Machenschaften des Täters zwei Personen (als Vermögensträger) verletzt worden: sowohl der Eigentümer als auch der Anwärter; beide Vermögenspositionen, die sie innehatten, sind angegriffen worden. Im Hinblick auf die Stoffgleichheit stellt sich nun die Frage, ob auch die Schädigung des Anwärters betrugsrelevant ist. Die Vermögensverschiebung durch Leistung vollzieht sich zwischen der Lieferfirma und dem Täter; der Schaden des Kunden besteht in der kompensationslosen Vernichtung seiner Anwartschaft. Wollte man, wie das RG es macht, den Betrug zum Nachteil des Kunden hier bejahen, und wollte man ferner beim Betrug die Theorie der Vermögensverschiebung aufrechterhalten, so läge hier ein Fall der Divergenz von Vermögensverschiebung und Vermögensschädigung vor. Zwar wären beide Faktoren - Verschiebung und Schädigung - durch das Merkmal der Kausalität miteinander verbunden, infolge ihrer fehlenden Parallelität würde sich der Vorteil des Täters jedoch allein aus der Verschiebung herleiten und nicht seinen Ursprung im geschädigten Vermögen haben. "Stoffgleichheit" bleibt insoweit übrig, als der erstrebte Vermögensvorteil des Täters (:die Waren) auf Kosten des Anwartschaftsinhabers erworben wird. Nicht die qualitative oder quantitative Gleichheit oder Gleichwertigkeit zwischen Schaden und Vorteil, sondern ihre f u n k t i o n a l e Beziehung macht hier das Wesen der Stoffgleichheit aus : Der Vorteil des Täters verursacht automatisch einen Nachteil beim Anwärter oder umgekehrt : durch den Nachteil des Anwärters erhält der Täter seinen Vorteil; beide, Vorteil und Nachteil, stehen in einem logischen und funktionalen Abhängigkeitsverhältnis, in dem die Veränderung des einen Faktors

(Verschiebung des Objektes als Vorteilserlangung) die Veränderung des anderen Faktors (Anwartschaft) zur Folge hat. Der kausale und existentielle Grund für dieses logisch-funktionale Abhängigkeitsverhältnis liegt in dem Umstand, daß die Rechts- und Vermögensordnung die Existenz der Anwartschaft von einer gesicherten und gefestigten, d.h. ungestörten Rechtsgüterordnung, hier insbesondere Vermögenszuordnung, abhängig macht. Die Anwartschaft im Strafrecht steht und fällt (in ihrer existentiellen Bedeutung als Gegenstand des Vermögens) mit der Zuordnung des O b j e k t s der Anwartschaft zum Vermögenskreis desjenigen, der diese Anwartschaft zu begründen mithalf: des Vertragspartners des Anwartschaftsberechtigten.

Auch das RG läßt in seiner Entscheidung (327) eine kausale und funktionale Abhängigkeit von Schaden und Vorteil genügen. Wörtlich sagt der erkennende 5. Strafsenat: "Jedenfalls braucht der erstrebte Vermögensvorteil nicht aus dem Vermögen des Geschädigten herrühren; es genügt vielmehr, wenn Schaden und Vorteil zu derselben Täuschung in ursächlicher Beziehung stehen". Es handelt sich hierbei, wohlgemerkt, nicht um die Erlangung eines externen Dritt Vorteils, denn der Täter hat seinen Vorteil von seinem Betrugspartner - der als Adressat der Täuschung Betrugspartei ist - erhalten. Das Problem liegt hier ganz ähnlich wie im Falle RGSt 53, 281 (328). Die lügnerische Beeinträchtigung der Willens- und Dispositionsfreiheit bei den Lieferfirmen hat eine gewisse D r i t t w i r k u n g entfaltet. Nach den von der Entscheidung RGSt 53, 281 aufgestellten Grundsätzen, insbesondere nach Satz 3 (328), wäre diese Drittwirkung (die in der Vernichtung der Anwartschaft des Kunden bestand) betrugsrelevant, da zwischen Täuschung und Schädigung ein innerer Zusammenhang dergestalt besteht, daß die Erlangung des

)

(327) RG DR 1941, 1886

(328) Der Entscheidung RGSt 53, 281 lag ein Fall der Dritt-entlohnung bei § 253 StGB zugrunde. Die Grundsätze dieser Entscheidung sind folgende:

1. Die Nötigung muß das Mittel sein, das dem Täter (bzw. dem Dritten, für den der Täter tätig wird) den Vermögensvorteil verschafft.
(Forts. S. -175-)

Vorteils vom alleinigen Willen des Getäuschten (der nicht notwendig der Geschädigte zu sein braucht), und nicht von der freien EntschlieÙung des Geschädigten abhängig ist. Die Schädigung vollzieht sich unter dem bestimmenden Einfluß der Täuschung. Der leitende Gesichtspunkt ist damit allerdings noch nicht herausgearbeitet worden. Immer geht es doch bei der Bestrafung des Täters darum, wann und weshalb wir dem Täter den von ihm vorsätzlich verursachten Erfolg zurechnen können. Bejahen wir einmal den Vorsatz in unserem Fall, d.h. das Wissen des Täters von der Existenz einer Anwartschaft und den Willen, diese zu vernichten, müssen wir dem Täter den vorsätzlich verursachten Erfolg auch zurechnen. Normalerweise macht diese Schadenszurechnung (Überwälzung der Verantwortung für den entstandenen Schaden auf den Täter) keine Schwierigkeiten. Die strafbare Vermögensverschiebung begründet den Vorwurf und die Verantwortlichkeit des Täters. In den Fällen der Schädigung durch Verletzung der Anwartschaft eines Dritten (Drittschädigung) macht sich die strafrechtliche Interessenverknüpfung bemerkbar, die durch die Denkfigur der Anwartschaft als Bestandteil des konkreten Vermögens des Dritten entstanden ist. Soll hier nun nur das Interesse des Inhabers des u n m i t t e l b a r durch die Täuschung betroffenen Vermögens auf den Täter überwält werden (was oft deswegen unmöglich ist, weil der Getäuschte keinen Schaden erlitten hat, so z.B. bei geldlichem Ausgleich), oder soll daneben oder darüber hinaus ein Schaden eines Dritten, der diesem

-
- (328) 2. Der Täter muß den Vorteil aus dem Vermögen des Genötigten als dessen Zuwendung erhalten.
3. Genötigter und Geschädigter brauchen nicht identisch zu sein, der erstrebte Vorteil kann dem Täter aus einem dritten Vermögen zufließen, wobei allerdings zwischen der Person des Genötigten und dem Träger des geschädigten Vermögens ein "innerer Zusammenhang" bestehen muß: Das Erlangte braucht nicht zum Vermögen des Genötigten zu gehören, die Vermögensverschiebung muß sich aber unter dem bestimmenden Einfluß der Nötigung vollzogen haben.

dadurch erwächst, daß seine Vermögenslage m i t t e l b a r durch die Folgen der Täuschung und der damit verknüpften, vermögensrechtlich oft irrelevanten Verschiebung (Zuwendung) nachteilig beeinflußt wird, ebenfalls dem Täter zugerechnet werden ? Das RG will in seiner Entscheidung RG DR 1941,1886 diese Frage positiv beantwortet wissen; daß es sich hierbei um eine Wertungs- und Zuordnungsfrage handelt, ist klar.

Die Frage ist also, ob der Täter trotz Drittwirkung der an sich indifferenten Vermögensverfügung des E unbestraft bleiben soll. Oder sollte nicht der Täter infolge des Schadenseintrittes beim Dritten, den er ja durch sein Verhalten gestiftet hat, nach § 263 StGB haften ? Liegt doch auch hier ein Fall der "mittelbaren Schädigung" vor, insofern nämlich, als durch einen im konkreten Fall eine Schädigung beim Getäuschten nicht begründenden Umstand einem D r i t t e n ein Schaden entsteht, der, wäre er in der Person des Getäuschten eingetreten, für den Täter strafbegründend wirkte. Soll durch den Umstand, daß der Schaden im Augenblick der Vermögensverschiebung aufgrund einer rechtlichen Interessenverknüpfung kraft eines zwischen E und dem Dritten (A) bestehenden Rechtsverhältnisses - durch welches z.B. die konkrete, in Frage stehende Vermögensposition des A erst begründet wurde -, statt beim Getäuschten und Verfügenden (E) bei diesem Dritten entstanden ist, der Täter von seiner strafrechtlichen Haftung befreit werden? Zunächst handelt es sich hierbei wiederum um ein Vorsatzproblem. W e i ß der Täter nichts von der Drittwirkung seiner Täuschung und der dadurch bewirkten Verfügung des Getäuschten, so fehlt es ihm am Schädigungsvorsatz; eine Haftung entfällt insoweit. Wie aber, sobald der Täter z.B. um eine an der in Frage stehenden Sache bestehenden Anwartschaft eines Dritten weiß und die Vernichtung dieser Anwartschaft billigend in Kauf nimmt - wobei es nicht auf die Individualität der P e r s o n des Geschädigten ankommt?

Wenn wir uns den Grundfall des Auseinanderfallens von Verfügendem und Geschädigtem vergegenwärtigen (s.oben S.168), so zeichnet er sich ebenfalls durch eine rechtliche Interessenverknüpfung zwischen Geschädigtem und Verfügendem dergestalt

aus, daß i.d.R. der Verfügende (rechtmäßiger oder unrechtmäßiger) Besitzer der Sache ist, der Geschädigte aber deren Eigentümer (tatsächliches Auseinanderfallen von tatsächlicher Sachherrschaft und geschütztem Interesse). Wenn man in diesem Fall dennoch vollendeten Betrug annimmt, so deswegen, weil es aufgrund einer rechtlichen Interessenbeziehung ("Besitz", "tatsächliche Gewalt") dem Verfügenden gestattet ist, über fremdes Vermögen so zu verfügen, daß hierdurch die Haftung des Täters nach der Vorschrift des § 263 StGB ausgelöst wird. Sollte - unabhängig von der Eigentumsfrage - dieselbe Haftung des Täters nicht auch dann wirksam werden, sobald der Verfügende zwar über eigenes Vermögen verfügt, diese Disposition aber Vermögenspositionen Dritter, die kraft rechtlicher Interessenverknüpfung entstanden sind, durch Reflexwirkung ("Drittwirkung") beeinträchtigt! Die andere Möglichkeit, eine Haftung des Täters in diesen Fällen auszuschließen, weil der durch die Verfügung entstandene Sekundärschaden nicht den verfügenden Vermögensinhaber, sondern einen mit diesem rechtlich verbundenen Dritten trifft, kann m.E. nicht richtig sein: Warum soll der vorsätzlich handelnde Täter per occasionem iuris eine unverdiente Haftungsfreiheit genießen und beispielsweise der Schaden, den er gestiftet hat, in Anbetracht der Möglichkeit des Ausgleichs über die §§ 823 Abs. II BGB, 263 StGB ohne Ersatz bleiben? Geht man den zweiten Weg (Betrugshaftung des Täters), so bedeutet dies nicht etwa eine durch die ratio des § 263 StGB nicht mehr getragene unbillig beschwerende Erweiterung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit (Haftung) des Täters. Es handelt sich hierbei m.E. nicht um eine willkürliche Ausdehnung der Haftung des Täters, sondern darum, daß ein grundloses Wegfallen seiner Verantwortlichkeit vermieden wird. Die Annahme oder der Fortfall des Betruges kann nicht von der formalen Stellung des Verfügenden abhängig gemacht werden: ob dieser nämlich nur als Durchgangsposten ohne eigenes Interesse figuriert (dann nach h.L. Betrug), oder aber seine Stellung derart beschaffen ist, daß er als Rechts- oder Vermögensin-

haber in eigener Regie die Disposition trifft, wodurch reflexartig in die Rechts- und Vermögensposition eines Dritten eingegriffen wird. Beide Fälle sind gleich zu behandeln. Wenn dem aber so ist, dann bedeutet dies für die Stoffgleichheit zwischen Vermögensvorteil und eingetretenem Vermögensnachteil: Der angestrebte Vermögensvorteil des Täters (oder des Dritten) muß a u f K o s t e n eines anderen erlangt sein. Es ist für den Betrug nicht notwendig, daß der Täter seinen Vorteil a u s dem Vermögen des Getäuschten oder eines anderen, des Geschädigten, erhält.

3. Die Mehrzahl von Anwartschaftsberechtigten als Kollektiv

Wir sind bei unseren bisherigen Erörterungen immer davon ausgegangen, daß der geschädigte Dritte eine - entweder natürliche oder juristische - Einzelperson ist. Schwieriger wird die Entscheidung, wenn eine Vielzahl von anwartschaftsgesicherten Kunden vorhanden ist (Fall des RG in DR 1941, 1886). Nennen wir beispielsweise die Zahl 10. Dann steht jedem Kunden ein Zehntel des Wertes der Anwartschaft auf Erwerb der Waren zu, denn alle Kunden zusammen haben gleiche Chancen; die Anwartschaft ist gewissermaßen eine Bruchteilsanwartschaft zu gleichen Teilen, die den Kunden der Lieferfirmen als "Gesamtgläubigern" zusteht. Die Lieferfirma (Schuldner) kann befreiend nach ihrem Belieben an jeden der Gläubiger leisten. Da der Gesamtvorteil des Täters nun zehn Zehntel ausmacht, der Vermögensnachteil der Kunden aber jeweils nur ein Zehntel, so besteht eine Stoffgleichheit auch nicht mehr im Sinne einer quantitativen Wertgleichheit, wie sie in den Fällen, in denen nur e i n Kunde beteiligt ist, doch immerhin festzustellen ist. Zu einer solchen Wertgleichheit von Vorteil und Schaden gelangt man nur dann, wenn man als den "anderen" in § 263 StGB nicht die Einzelperson ansieht, sondern die Summe der jeweils geschädigten juristischen oder natürlichen Personen. Auf diese Konstruktion der Addition sämtlicher Geschädigter zu einer Einheit ("Interessengemeinschaft") soll hier nur kurz eingegangen werden. Es

erscheint zumindest zweifelhaft, ob man den Begriff des "anderen" in § 263 StGB so bestimmen kann. Das RG (329) hat die Konstruktion der Interessengemeinschaft abgelehnt. Nach ihm kann der geschädigte "andere" nur ein konkreter "Jemand", also eine natürliche oder juristische Einzelperson sein. Diese Argumentation ist jedoch nicht zutreffend. Erkennt man die Rechtsfigur der Anwartschaft im Vermögensstrafrecht an, so ist nicht recht ersichtlich, warum diese Anwartschaft sich in nur einer einzigen Person konzentrieren soll. Ebenso, wie es mehrere Täter geben kann, besteht auch die Möglichkeit, auf der Seite der Opfer zu einer Mehrzahl von Personen zu gelangen. Voraussetzung ist dabei natürlich immer, daß die geschädigten Personen in ihrer Kollektivität **b e s t i m m b a r** sind, und daß weiter der in ihrer Person eingetretene Vermögensschaden einen konkreten, meßbaren wirtschaftlichen Inhalt und Wert hat. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß die namentliche Feststellung der geschädigten Personen nicht erforderlich ist; es muß sich nur der Personenkreis feststellen lassen, der durch die Täuschungshandlung des Täters **i n s a g e s a m t** geschädigt worden ist. (330)

Die Schädigung bezieht sich also nicht auf die Individualität der Einzelpersonen, die dem Personenkreis angehören, der durch die Täuschungshandlung des Täters betroffen wird. Sie findet vielmehr ihre Anknüpfung im Kollektivum als der Summe seiner Teile. Der Vermögensschaden trifft in seiner konkreten und meßbaren Gestalt die korporative Erscheinung !

(329) RG JW 1934, S. 367. Wörtlich führt das RG aus:
"... weil der Kreis derselben (scil.: der evtl. Geschädigten) offensichtlich viel zu groß ist, als daß **j e d e r** von ihnen oder bestimmte **E i n z e l n e** geschädigt werden können".

Anders jetzt aber der BGH (BGHSt 19, 37 ff, 42) zum VW-Aktien-Fall. Der BGH bejaht implizite die Stoffgleichheit, wenn er ausführt: "... was **j e n e r** erwarb, verloren **d i e s e**". Also: auf der Erwerberseite die Einzahl, auf der Verliererseite die Vielzahl der Personen ! Ebenso bereits RG DR 1941, 1886.

(330) vergl. BGHSt 19, 43

4. Abgrenzungsfragen : Fortfall des Anwartschaftsschutzes durch gesetzliche Regelung oder durch vertragliche Vereinbarung.

Der Versuch, den Begriff der Anwartschaft als einer funktionell selbständigen und darum im System der Vermögensdelikte i.e.S. einzuordnenden Denkfigur für die Problematik der Stoffgleichheit fruchtbar zu machen, bedarf noch einer gewissen Einschränkung. Ein Betrug zum Nachteil des Anwärters scheidet nämlich in den Fällen aus, in denen durch gesetzliche Regelung oder durch vertragliche Vereinbarung die Stellung des Anwärters nicht geschützt werden soll. Für den Fall einer gesetzlichen Einschränkung des Anwartschaftsschutzes diene folgendes Beispiel :

Der Eigentümer A hat dem B eine Sache geliehen. B verliert diese Sache und F findet sie, um sie sogleich bei der Polizei abzugeben. Hiervon erfährt B; eines Tages geht er zu dem Polizeibüro, auf welchem sich die verlorene Sache befindet, und fordert sie heraus, indem er sich als deren Eigentümer A ausgibt. Die Beamten händigen ihm die Sache aus; dem A teilt B dieses auf Befragen nicht mit.

Trotz Täuschung der Polizeibeamten hat B keinen Betrug zum Nachteil des F begangen. Zwar hat der Finder einer Sache vor dem Eigentumserwerb gemäß § 973 BGB eine Eigentumsanwartschaft (331), die ein vererbliches und veräußerliches Recht darstellt. Wenn aber ein Empfangsberechtigter sein Recht bei der Polizeibehörde angemeldet hat, so wird damit automatisch die Anwartschaft des Finders zerstört, § 973 BGB. B hat als Entleiher der Sache dem Eigentümer A gegenüber ein besseres Recht zum Besitz und damit auch ein besseres "Empfangsrecht"; er ist "besser" zum Empfang der verlorenen Sache berechtigt als A (332). Die Anwartschaft des F auf Erwerb des Eigentums an der gefundenen Sache wird aber in dem Augenblick zerstört, in dem sich B bei der Polizei meldet, mag er diese auch über seine Identität täuschen. Ein Betrug zum Nachteil des A scheidet aus eben diesem Grunde ebenfalls aus : die Polizei ist zur Herausgabe an den Empfangsberechtigten verpflichtet.

(331) Wolff-Raiser, Sachenrecht § 82 VII 3

(332) Wolff-Raiser a.a.O. § 82 IV

Einen Fall des durch Vertrag geschaffenen Fortfalls des Anwartschaftsschutzes hat der BGH entschieden, allerdings ohne auf die Problematik näher einzugehen (333). Folgender, verkürzter und stilisierter Sachverhalt lag dem Urteil zugrunde :

Mehrere Firmen wurden im Wege der Ausschreibung zur Abgabe von Angeboten für die Errichtung einer Starkstromanlage aufgefordert. Um einer bestimmten Firma (A) den Zuschlag zukommen zu lassen, kamen die angesprochenen Firmen überein, die Firma A sollte das niedrigste und preiswürdigste Angebot abgeben. Die übrigen Mitbewerber traten entweder zurück oder reichten nicht ernstlich gemeinte höhere Angebote ein.

Ein Betrug zum Nachteil der Ausschreibungsstelle entfiel, weil die Firma A eine Kalkulation einreichte, der zu entnehmen war, daß sie die Übertragung der ausgeschriebenen Arbeiten "durch ein genaues, richtiges und nach (ihren) Verhältnissen angemessenes Angebot erlangen wollte" (334). Die Firma A wollte die Ausschreibungsstelle nicht zu einer Leistung bestimmen, die mehr wert war als die von ihr angebotene Gegenleistung (335).

Einen Betrug zum Nachteil der übrigen Mitbewerber läßt

(333) BGH NJW 1962, S. 312 f (= BGHSt 16, 387)

(334) BGH a.a.O. S. 313

(335) Das RG (RGSt 63, 188) hatte einen - allerdings anders gelagerten Fall - noch als Betrug zum Nachteil der Ausschreibungsstelle angesehen, mit der Begründung, daß die Vermögenslage "des Fiskus schon ... dadurch, daß das Amt nur dem einen ... Angebot ... gegenüberstand, ungünstiger sein (konnte), als wenn es unter einer Anzahl von Angeboten wählen konnte und dabei eine Wahrscheinlichkeit bestand, daß darunter ein günstigeres als das des R sein würde" (RG a.a.O. S. 188). Allein, diese Begründung ist auf unseren Fall nicht anwendbar: Aufgrund der Absprache sämtlicher an der Ausschreibung beteiligter Firmen war es höchst unwahrscheinlich, daß auch nur eine der Firmen ein günstigeres Angebot als die durch den Bündnisvertrag bestimmte Firma abgab. Das war ja gerade der Sinn dieser Übereinkunft. Mit Recht lehnte der BGH (BGHSt 16, 387 = NJW 1962, 312) die Übertragung der Grundsätze von RGSt 63, 188 auf den von ihm zu entscheidenden Sachverhalt ab.

In der Entscheidung des OLG Hamm (NJW 1958, 1151, 1152) war das Angebot der betreffenden "ausgewählten" Firma im Preis zu hoch, also nicht preisgünstig und damit vermögensschädigend.

der BGH (336) offen. Im Unterschied zu der Entscheidung BGH NJW 1962, S. 973 (337) fehlt es hier aber an einer betrugsrelevanten Vermögensschädigung der Mitbewerber. Der Bündnisvertrag (338) zwischen sämtlichen Firmen, die von der Ausschreibung betroffen sind, hat das Ziel, den Anbieterwettbewerb nach Möglichkeit auszuschalten. Durch ihn wird das Verhalten gegenüber Dritten geregelt, um einem bestimmten Teilnehmer die Erreichung seines Zieles zu erleichtern - und damit auch mittelbar die Ziele der übrigen, sich freiwillig ausschaltenden Mitbewerber. In dem Bündnisvertrag einigen sich die Anbieter untereinander, wie jeder von ihnen sich einem bestimmten Dritten (dem Kunden oder der Ausschreibestelle) gegenüber geschäftlich zu verhalten hat; das Verhalten gegenüber einem Dritten ist genau abgestimmt, um dem Kunden die Wahlmöglichkeit, die ihm nach den Regeln des freien Wettbewerbs sonst zukäme, zu nehmen. Das bedeutet aber: Die Bindung der Partner aufgrund der verpflichtenden Bündniserklärung hat nicht das erklärte Ziel, einem bestimmten Vertragspartner einen Vermögens n a c h t e i l zum Zwecke des eigenen Vorteils (eines anderen Vertragspartners) zuzufügen. Der Bündnisvertrag ist vielmehr seiner inneren Zweckrichtung gemäß darauf angelegt, einen Vermögens v o r t e i l zu erzielen. Die Verpflichtung der Partner geht nicht auf die Zufügung eines Vermögensnachteils, sondern auf die dauernde Erzielung eines Vermögensvorteils. In Wahrheit ist der Bündnisvertrag als wirtschaftliches Phänomen eingebettet in den umgreifenderen volkswirtschaftlichen Zusammenhang. Das erklärte Ziel hierbei ist letztlich die Ausschaltung einer ruinösen Wettbewerbssituation, die sich, wenn man sie konsequent zu Ende denkt, für alle Beteiligten nachteilig auswirken würde. Durch eine gewisse Programmierung und Ausgleichung der Wettbewerbsgegensätze soll die Sicherheit des Unternehmens erhöht und das in jedem Wettbewerb

(336) a.a.O. S. 313

(337) siehe oben S. 169

(338) Der terminus stammt von Plassmann, Bündnisverträge gegen den Wettbewerb, JZ 1964, S. 670-674

liegende unternehmerische Wagnis vermindert werden. Innerhalb des sozialen Raumes, der den Vertragspartnern eines Bündnisses gegen den freien Wettbewerb zur eigenen Ordnung ihrer Beziehungen zu Dritten offensteht, übernimmt der Bündnisvertrag die Rolle einer ordnungsgestaltenden Kraft, die von der Partnern so, wie sie beschaffen ist, auch gewollt ist. Die Selbstbindung der Partner als Instrument wirtschaftspolitischer Ordnung läßt den Gedanken einer Vermögensschädigung gar nicht aufkommen. Die vertragliche Vereinbarung schließt den Schutz einer etwa bestehenden Anwartschaft durch das Vermögensstrafrecht (§ 263) von vornherein aus.

V. Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils

1. Die Problemstellung :

Der Zusammenhang zwischen dem Problem der Stoffgleichheit und der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim Betrug wird deutlich, sobald wir uns die Entscheidung des RG vom 7. April 1881 (339) vergegenwärtigen.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde :

Die beiden Angeklagten waren Lieferanten für die Hofküche in Berlin und gaben sich auf Ansinnen der Köche dazu her, fingierte Rechnungen einzureichen und von der Hofkasse sich auszahlen zu lassen. Die Beträge lieferten sie an die Köche ab, ohne von dem Geld etwas für sich zu behalten. Die Angeklagten taten dies, um ihre Kundschaft, nämlich die Köche, nicht zu verlieren.

Das RG lehnte in dieser Entscheidung die Identitätstheorie als zu eng ab und ließ die Absicht der Täter, sich die Kundschaft ihrer Auftraggeber weiterhin zu sichern, als die Erstrebung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils deswegen ausreichen, weil die Täter auf die Erreichung d i e s e s Vorteils (nämlich der Erhaltung der Kundschaft) keinen rechtlich begründeten Anspruch hätten.

Das RG sagt: Jeder Vorteil (Vermögensvorteil) ist rechtswidrig, auf dessen Erlangung der Täter keinen zivilrechtlichen Anspruch hat. Da nun die beiden Angeklagten in

(339) vergl. RG Rechtsprechung Bd. III S. 202 ff

dem eben erörterten Fall auf die Erhaltung der Kundschaft keinen rechtlich begründeten Anspruch hatten, war die Erlangung dieses Vorteils auch rechtswidrig und damit strafbar ! Wenn man damit ernst macht und jede Bereicherung als rechtswidrig ansieht, auf deren Erlangung dem Täter oder dem Dritten, in dessen Interesse und zu dessen Gunsten die Vermögensverschiebung erfolgen soll, kein Anspruch zusteht (entweder als Übereignungs- oder Herausgabeanspruch), dann läßt man das Erfordernis der Stoffgleichheit gänzlich fallen. Denn die Frage, ob sich z.B. jemand auf Kosten eines anderen bereichert, ist von der anderen Frage, ob sich der Täter lediglich in Verfolgung seines bestehenden Anspruchs bereichert, durchaus zu trennen. Auch die Erlangung oder Erstrebung eines solchen Vermögensvorteils, auf den der Täter keinen rechtlich begründeten Anspruch hat, braucht nicht auf Kosten oder aus dem Vermögen des Geschädigten zu erfolgen. Andererseits ist es denkbar, daß bei Vorliegen einer konkreten Anspruchsbeziehung zwischen dem Täter und seinem Opfer der Täter seinen Vorteil aus dem Vermögen dieses Opfers erwirbt. Die Legalität der Anspruchsbeziehung schließt m.a.W. das Vorhandensein der "Stoffgleichheit" und damit die Bejahung eines Betruges nicht aus - falls man die Erfüllung des Betrugstatbestandes a l l e i n von der vorhandenen oder nicht vorhandenen Stoffgleichheit abhängig machen will. Umgekehrt schließt das Fehlen der Anspruchsbeziehung (es ist also kein positiv-rechtlicher Anspruch feststellbar) den Mangel der Stoffgleichheit und damit eine Verneinung des Vorliegens eines Betruges im konkreten Fall nicht aus. So ist es z.B. im vorerwähnten Fall RG Rechtspr.Bd.3 , S.202 : Ein Anspruch auf Erhaltung der Kundschaft ist nicht feststellbar; die Stoffgleichheit fehlt nach sämtlichen bisher vertretenen Theorien ebenfalls: Weder ist der Schaden der Hofkasse mit diesem Vorteil der Täter identisch noch haben sich die Täter auf Kosten oder aus dem Vermögen der Hofkasse bereichert.

Die Frage lautet hier: Kann das Fehlen eines zivilrechtlichen Anspruchs das Fehlen jeder Stoffgleichheit ersetzen, um die angestrebte oder bereits eingetretene Bereicherung zu einer rechtswidrigen zu machen? Es lägen dann im Grunde zwei Rechtswidrigkeitskriterien vor: rechtswidrig ist eine Bereicherung immer dann, wenn erstens ihrer Erlangung keine konkrete Anspruchsbeziehung zugrunde liegt, zweitens dann, wenn die Stoffgleichheit fehlt.

Aus diesem Grunde erscheint es angebracht, die oben (S.178) aufgezeigte Theorie der Stoffgleichheit mit der These des Reichsgerichts, wonach die fehlende Anspruchsbeziehung die Rechtswidrigkeit der Bereicherung begründet, in Einklang zu bringen. Wenn sich beide Theorien auch nicht diametral entgegenstehen, so sind sie doch keineswegs immer deckungsgleich, wie das Beispiel RG Rechtspr. Bd.3, 202 ff zeigt, so daß eine Klärung des Rechtswidrigkeitsproblems im Hinblick auf die Stoffgleichheit einer Bereicherung angebracht erscheint. Die Frage lautet also: Welcher Vermögensvorteil ist "rechtswidrig" und in welchem Verhältnis stehen der "rechtswidrige" Vermögensvorteil und die "Stoffgleichheit" zwischen erstrebtem Vermögensvorteil und eingetretenem Vermögensschaden zueinander?

2. Der "rechtswidrige" Vermögensvorteil in § 263 StGB

- a) Intrasystematische Betrachtung: Der "rechtswidrige" Vermögensvorteil in den Tatbeständen des besonderen Teils des StGB.

Wenn der Begriff des "rechtswidrigen Vermögensvorteils" in § 263 StGB mit konkreten rechtlichen Inhalten ausgefüllt werden soll, lohnt es sich, vergleichbare Vorschriften des Strafgesetzbuches, die sich ebenfalls mit vom Täter angestrebten Vermögensvorteilen oder Vorteilen anderer Art befassen, für die Interpretation des Rechts-

widrigkeitsmerkmals in § 263 StGB hinsichtlich der Bereicherung heranzuziehen. Auch in anderen Vorschriften des StGB findet sich die Formel vom bloßen - nicht notwendig rechtswidrigen - Vermögensvorteil. So z.B. in den §§ 164 Abs. III, 272, 273 sowie in § 243 KO (340). Der in diesen Vorschriften erwähnte Vermögensvorteil ist von dem des § 263 StGB zu unterscheiden. Die h.L. läßt z.B. die mittelbare Erlangung eines Vermögensvorteils in § 272 StGB, etwa in Gestalt einer günstigen Anstellung, genügen (341). Der Vermögensvorteil braucht auf der anderen Seite keinen Vermögensschaden hervorzurufen (342), was schon dadurch zum Ausdruck kommt, daß der Gesetzgeber die Strafschärfung des § 272 StGB alternativ eintreten läßt : Entweder Schädigungs- oder Vorteilsabsicht ! Das eine bedingt also nicht notwendig das andere. Nach h.M. (343) soll als Vermögensvorteil in § 272 StGB auch eine für die Tat zugesagte Belohnung genügen. Die zwingende Strafschärfung des § 272 StGB läßt hier m.E. nur die Deutung zu, daß typisiertes amoralisches Verhalten, welches zu einem nachfolgenden strafbaren Verhalten führt, pönalisiert wird. Nur so läßt es sich erklären, daß der Vermögensvorteil und der Vermögensschaden in den §§ 272, 273 StGB nicht "rechtswidrig" im Sinne der Vorschrift des § 263 StGB zu sein brauchen (344). Oder anders ausgedrückt : Der "rechtswidrige" Vermögensvorteil in § 263 StGB ist ein spezifischer Vermögensvorteil, der sich in seinem Zustandekommen und in seiner Struktur von dem Vermögensvorteil der §§ 272, 273 wesentlich unterscheidet. Wenn also in § 272 die externe Belohnung Inhalt des Vermögensvorteils sein kann, wie soeben gezeigt wurde, dann hängt diese Aussage eng mit der Tatsache zusammen, daß qua Tatbestand ein "stoffgleicher" Zusammenhang zwischen Vermögensvorteil und Vermögensschaden nicht zu bestehen braucht. Umgekehrt läßt sich sagen: Da qua Tatbestand (§ 272 StGB) ein

(340) In den §§ 164 Abs.III StGB sowie 243 KO wird ein Vermögensvorteil auch nicht verlangt !

(341) RGSt 62, 220

(342) Jagusch, LK Anm. 3 zu § 272

(343) RGSt 18, 145; 72, 257; Jagusch LK Anm. 3 § 272

(344) Maurach BT S. 470; Schwarz-Dreher Anm. 1 A § 272;
RG in st.Rechtspr., zitiert bei Jagusch LK 2, § 272

Vermögensschaden nicht notwendig zu einem (entsprechenden?) Vermögensvorteil zu führen braucht, ist die Schädigung gegen Entlohnung schwere mittelbare Falschbeurkundung i.S. des § 272. Vermögensvorteil heißt in diesem Sinne : Handeln im eigenen oder fremden Interesse. Deutlich kommt dies in § 242 KO zum Ausdruck. Ziffer 1 der Vorschrift setzt Handeln im Interesse des Schuldners voraus. Der Täter handelt dann im Interesse des Schuldners, wenn er ihm einen Vermögensvorteil zukommen lassen will; ein zusätzliches Eigeninteresse ist unerheblich (345). In Ziffer 2 der Vorschrift wird dagegen das Handeln im eigenen oder fremden Interesse dem Vorgehen im Interesse des Schuldners gleichgestellt. Nur so ist es zu erklären, daß der erstrebte Vermögensvorteil nicht rechtswidrig i.S. der §§ 253, 263 StGB zu sein braucht.

Daß das Handeln gegen Entgelt, d.h. gegen eine nicht "stoffgleiche" Belohnung von dritter Seite, vom Gesetzgeber nicht dem Handeln zur Erreichung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gleichgestellt wird, zeigt mit aller Deutlichkeit die Vorschrift des § 300 Abs. III StGB, in welcher ausdrücklich eine solche Gleichsetzung durch die Einfügung des Wortes "oder" ausgeschlossen werden sollte. Das Handeln gegen Entgelt, das der Sphäre des Moralischen oder Amoralischen angehört, ist eben nicht mit dem Handeln in rechtswidriger Vorteilsabsicht identisch. Wenn die h.L. in § 300 Abs. III StGB die "Absicht", sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen mit der Vorteilsabsicht des § 263 StGB gleichsetzt (346), so wird hierdurch zum Ausdruck gebracht, daß das Handeln gegen Entgelt eben nicht zugleich auch einen "rechtswidrigen" Vermögensvorteil mit sich bringt. Beide Zielrichtungen schließen einander aus, ihre

(345) Schönke-Schröder Anm. II 2 § 240 KO

(346) Schönke-Schröder VII § 300;
Jagusch LK 8 b § 300;
Kohlrausch-Lange VIII § 300

Interesseneinrichtungen liegen auf zwei verschiedenen Ebenen: der der Moralität und der Legalität. Auch § 86 Abs. III StGB spricht deutlich von einer mit Strafe bedrohten Handlung gegen E n t g e l t, ebenso § 27 c StGB vom E n t g e l t, das der Täter für die Tat empfangen hat.

Das Gesetz kennt sehr unterschiedliche Arten der Vorteils-erlangung. Es kennt den terminus "Vorteil" z.B. bei der Wahlbestechung (§ 108b), der falschen Anschuldigung (§ 164 Abs. III), der Begünstigung und Hehlerei, der Bestechung (§ 331 ff), sowie in den Fällen der §§ 49a und 352 StGB. Das Gesetz kennt ferner den terminus des "besonderen Vorteils" bei Stimmverkauf (§ 243 KO), den Begriff des "Vermögensvorteils" bei schwerer mittelbarer Falschbeurkundung (§§ 272, 273), bei Schuldnerbegünstigung (§ 242 KO), bei Kreditwucher (§ 302 a), schwerem Kreditwucher (§ 302b) und Sachwucher (§ 302e). Das Kennzeichnende all dieser "Vorteile" - seien sie vermögensrechtlicher oder außervermögensrechtlicher Natur, seien sie strafbegründend oder straf erhöhend - ist nicht die strafbare Vermögensverschiebung, die der formellen Rechtsordnung und damit auch dem materiellen Recht widerspricht und daher notwendig "rechtswidrig" ist, sondern (z.B. in den Fällen des Wichers) das auffällige Mißverhältnis zwischen der Leistung des Ausgebeuteten und der Gegenleistung (§ 302 e). Diese Vorteile sind motivbildend für den Täter zur Verwirklichung des strafbaren Tuns, sie sind Begleiterscheinungen, die eine besondere amoralische Gesinnung zum Ausdruck bringen. Dabei kann es gemäß dem Deliktstypus vollkommen gleichgültig sein, v o n w e l c h e r S e i t e der Vermögensvorteil kommt: ob es sich also um einen externen oder einen internen Vorteil handelt, spielt für die verwerfliche Gesinnung keine Rolle. Hingegen ist der "rechtswidrige Vermögensvorteil" in § 263 StGB nicht Gesinnungsmoment als Ausdruck einer spezifischen, vertypten Amoralität,

sondern Bewegungsgröße, d.h. Moment eines dynamischen Verschiebungsvorganges, den a l s s o l c h e n die Rechtsordnung mißbilligt und unter Strafe stellt !

b) Dogmatische Betrachtung der Rechtswidrigkeit der Bereicherung:

Wenn der erstrebte Vermögensvorteil in § 263 StGB "rechtswidrig" sein muß, damit die Vorschrift verwirklicht werden kann, dann muß zwischen der Rechtswidrigkeit und dem Erfolg, nämlich der Bereicherung des Täters oder des Dritten, ein näherer Zusammenhang bestehen : ein sog. Rechtswidrigkeitszusammenhang ! Dieser Rechtswidrigkeitszusammenhang, auf dessen allgemeine Bedeutung für die Auslegung der Tatbestände schon M.L. Müller (347) und Engisch (348) hingewiesen haben, ist nicht nur im Hinblick auf den eingetretenen Schaden, sondern auch und in erhöhtem Maße mit dem Blick auf den angestrebten Erfolg der Bereicherung zu untersuchen. Wenn wir oben ausführten, daß nicht die Maßstäbe der Moralität, sondern die der Legalität für die Interpretation des Merkmals der Bereicherungsabsicht in § 263 ausschlaggebend seien, so müssen wir nun dieses Legalitätskriterium noch konkretisieren. Auf die Frage, wann der beabsichtigte Bereicherungserfolg ein solcher ist, "auf welchen das Verhalten (des Täters) als rechtswidrig b e z o g e n werden kann" (M.L. Müller), wann er also in V e r w i r k l i c h u n g der Vermögensverletzungsgefahr eintritt, deretwillen das Verhalten des Täters rechtswidrig war, kann die Antwort nur lauten: Immer dann, wenn der Erfolg diejenige Stufe der Rechtswidrigkeit erreicht hat, mit Rücksicht auf deren Möglichkeit und Verwirklichung das Verhalten des Täters verboten war.

Ich glaube nun, hier aufgrund des oben unter a) Gesagten die (sittlich) mißbilligte Bereicherung aus dem Rechtswidrigkeitsszusammenhang ausklammern zu können; stützt sie

(347) M.L.Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs,
1912, S. 57

(348) Englisch, Kausalität S. 61

sich doch auf die Mißachtung der Gebote des menschlichen Anstandes und auf die Befolgung ethisch zu verachtender Maximen wie Habgier, Gewinnsucht usw. Aber dies sind Gesichtspunkte der Moralität und nicht der Legalität, die für die Auslegung des § 263 StGB allein maßgeblich sind. "Rechtswidrig" i.S. des § 263 ist allein die verbotene Bereicherung ! Wann aber ist eine Bereicherung verboten ?

Wir wollen nun eine mögliche Antwort von vornherein ausscheiden :

Verboten sei diejenige Bereicherung, auf deren Erlangung der Täter **k e i n e n** Anspruch hat. Dieser Satz erhellt keineswegs und ist gänzlich unbefriedigend. Da diese formelle Rechtswidrigkeit als Kriterium für die Lösung hier versagt, muß folglich die materielle Rechtswidrigkeit den Schlüssel für das Verbotensein der Bereicherung liefern. Wann also ist die Bereicherung sozialschädlich im Sinne der materiellen Rechtswidrigkeit ?

Folgender Gesichtspunkt scheint mir für die Abgrenzung und Konkretisierung der "verbotenen", materiell-rechtswidrigen Bereicherung entscheidend zu sein : Unter den Anwendungsbereich der verbotenen Bereicherung fällt nicht **j e d e** in Bereicherungsabsicht begangene Schädigung. Denn eine generelle Bereicherungsabsicht ist, wie Bockelmann (349) es einmal gesagt hat, unverbietbar. Anderenfalls müßten zahllose Fälle des täglichen Lebens "rechtswidrige" Vermögensvorteile darstellen, jedes Ausnützen einer Gewinn- und Geschäftschance, wie sie die Geschäftspraxis des kaufmännischen Lebens täglich mit sich bringt, müßte widerrechtlich sein, die weitaus meisten Gewinne des täglichen Lebens wären also zu Unrecht erworben, wären "unrecht Gut". Es ist vielmehr so: Nur da ist die Bereicherung verwerflich ("verboten"), wo sie auf Kosten anderer, auf fremde Kosten, erfolgt, d.h. wo sie auf einer korrespondierenden Einbuße (Schaden) beim Gegner beruht, den der Entreicherte nicht zu dulden braucht. Bezieht der Täter nun von einem außenstehenden Dritten seinen Vermögensvorteil, so liegt zwar auch eine Bereicherung vor. Jedoch ist diese Bereicherung völlig legal

(349) Kohlrausch-Festschrift 1944 S. 240, Vergl. auch ZStW Bd. 69 (1957) S. 272

durch einverständliches Zusammenwirken zwischen Täter und Drittem erlangt worden. Die Bereicherung auf fremde Kosten in § 263 StGB kann jedoch bei sinnverständiger Auslegung nur durch einen Eingriff in einen fremden Rechts- oder Vermögenskreis gegeben sein, einen Eingriff, der zwar gewollt und geduldet, jedoch aufgrund einer Täuschung verursacht und final herbeigeführt worden ist. Der Dritte will ja gerade die Leistung (Zuwendung) an den Täter bewirken; auf seine, des Dritten Kosten bereichert sich der Täter nicht. Wollte das Recht ernsthaft jede Bereicherungsabsicht und jede Bereicherung schlechthin verbieten, so würde augenblicklich jedes wirtschaftliche und soziale Leben stillstehen müssen und wir hätten jene nur der Beschauung gewidmete Museumswelt, von der Welzel (350) im Zusammenhang mit seiner Kritik der Rechtsgutsverletzungstheorie spricht. Das ganze soziale Leben besteht im Einsatz und Verbrauch von Mitteln ("Bereicherungen") zur Durchsetzung angestrebter Zwecke und Ziele. Sinn und Funktion der Rechtsordnung kann es nur sein, von den unzähligen - sozialadäquaten - Bereicherungen des täglichen Alltags die "für ein soziales, geordnetes Gemeinschaftsleben unerträglichen auszuwählen und zu verbieten" (351). Nur bestimmt geartete Bereicherungen, die die Grenze des rechtlich und sozial Irrelevanten überschreiten, sind zu verbieten und zu pönalisieren. Die Bereicherung kann nur im wirklichen sozialen und wirtschaftlichen Lebensraum gesehen werden und nicht in der wirklichkeitsfremden und daher unlebendigen Welt reiner funktionaler Wertverschiebungen.

Diese materielle Betrachtung sieht den Tatbestand des Betruges in seiner Funktion an als eine soziale Komplexität mit gesellschaftlichen Aufgaben, deren vornehmstes Ziel die Verwirklichung der Idee

(349) Kohlrausch-Festschrift 1944 S. 240. Vergl. auch ZStW Bd. 69 (1957) S. 272

(350) ZStW Bd. 58 (1939) S. 516

(351) Welzel a.a.O. S. 516

der Gerechtigkeit ist. Die versuchte Bereicherung muß materiell rechtswidrig sein, um mit einer vom Gesetz mißbilligten Interessenverletzung in Verbindung gebracht werden zu können. Die materielle Rechtswidrigkeit leitet sich ab aus dem Begriff des Rechts, welches wiederum die **W i r k l i c h k e i t** ist, "die den Sinn hat, dem Rechtswert, der Rechtsidee zu dienen" (352). Diese Wirklichkeit des Rechts muß sich, um meßbar und erfaßbar zu sein, eindeutig verobjektivieren lassen. Keinesfalls genügt für die Bejahung einer objektiv-materiellen Rechtswidrigkeit, ihren materiellen Gehalt aus der **M o t i v l a g e** des Täters zu schöpfen ("Bereicherungsmotiv"). Die objektive Rechtswidrigkeit ist von einer solchen Motivation völlig unabhängig - im Gegensatz etwa zur Schuld, und darum ist die Bereicherungsabsicht auch nicht Schuld-element, sondern ein Element des Unrechts -, die seelische Situation des Täters ist für die Frage der objektiv-materiellen Rechtswidrigkeit und der Sozialadäquanz oder Sozialinadäquanz der Bereicherung gleichgültig. Die objektive Rechtswidrigkeit schöpft ihren materiellen Gehalt aus der sozialen Wertung der infrage kommenden Bereicherung; die objektive Rechtswidrigkeit ist somit soziale Wertung vertypen menschlichen Verhaltens - im Falle der kupierten Erfolgsdelikte mit überschießender Innentendenz muß sich also die Bereicherungsabsicht (=subjektives Unrechtselement) als sozialschädliche, objektive Interessenverletzung darstellen. Anders gesagt heißt das: In der Interessenverletzung Dritter liegt die Objektivierung der materiellen Rechtswidrigkeit; nur **d i e** Bereicherung, die sich auf Kosten anderer vollzieht, erreicht den Grad sozialer Verwerflichkeit, der ihr den Makel der "Rechtswidrigkeit" auf die Stirn schreibt. Nur **d i e s e** Vermögenszuwendung läßt uns die Idee der Gerechtigkeit als verletzt erscheinen, denn nur aufgrund einer so erzielten Bereicherung wird der soziale **F r i e d e n**, wird das rechtlich geordnete

(352) Radbruch, Rechtsphilosophie S. 123

Zusammenleben innerhalb der Rechtsgemeinschaft empfindlich gestört. Dies soll im folgenden noch näher ausgeführt werden.

3. Stoffgleichheit und die Idee der Friedenswahrung :

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist die Frage, ob jede Bereicherung des Täters nach § 263 StGB friedensstörend (=rechtswidrig) wirkt.

Friede ist dabei nicht die Rechtsordnung selbst, sondern die durch die Rechtsordnung verbürgte tatsächliche Ruhe der Güterordnung (äußere Vermögensordnung). Auf diese Ruhe hat der einzelne Rechtsgenosse einen Anspruch, ihm wird der Frieden im objektiven Sinne von Rechts wegen garantiert, und nur durch seinen, von keiner Täuschung oder Drohung bzw. Gewalt beeinflussten Willen kann dieser Frieden als Ausfluß der objektiven Güterordnung "gestört" werden: dann nämlich, wenn der Vermögensträger bewußt (und das heißt unter voller Kenntnis der Bedeutung vom sozialen Sinn seiner Handlung - unter Einschluß der möglichen Folgen) sein Vermögen vermindert. Hier kann aus der Natur der Sache heraus keine S t ö r u n g der Friedens- (Zustands-)ordnung vorliegen, ist doch die Wahrung des Friedens im subjektiven Sinne abhängig vom Willen dessen, dem dieser Frieden zugute kommen soll. Nur der A n g r i f f auf das Vermögen ist Friedensbruch, durch ihn wird die Zustandsordnung gebrochen. Der dem zugrunde liegende Gedanke ist der, daß der Zustand des Friedens dem Vermögensinhaber ein Höchstmaß an wirtschaftlicher und sozialer Sicherheit verleiht. Es handelt sich hier um ein Fundamentalprinzip rechtsstaatlicher Ordnung, das geradezu die Bedingungen einer möglichen Gemeinschaft freier Individuen darstellt und enthält: daß der Einzelne Herr ist über eine Situation, in die sich gegen seinen Willen kein Dritter eindrängen darf. Dieser Friedenszustand, in dem sich die Objekte des Vermögens als abstrakte Werteinheit befinden,

ist Ausdruck einer gewissen Vermögens o r d n u n g im Sinne einer Zustandsordnung (353). Der Gedanke der O r d n u n g beherrscht den Systemaufbau des Betruges. Das Vermögen der geschädigten Person befindet sich im Zeitpunkt vor der Täuschung und der Verfügung in einem Zustand der Ordnung.

Der Zustand des Friedens wird einmal durch eine innere, vom Vermögensträger sinnhaft gesetzte Ordnung her bestimmt, zum anderen durch eine äußere Vermögenszuordnung (als einer Zu-Ordnung). Diese äußere Vermögenszuordnung dient der Kennzeichnung bestimmter Bereiche, die dem Einzelnen ausschließlich, d.h. unter Ausschließung anderer, zugeordnet und damit fremder Disposition entzogen sind. Diese Zu-Ordnung bedeutet die Konkretisierung des allgemeinen Friedens- und Ordnungsgedankens zu der äußeren sozialen und sichtbaren Zustandsordnung der Güter. Diese Zustandsordnung schützt im Strafrecht Zustände, nicht Rechte. Es handelt sich um die Sicherung eines gegenwärtigen Machtverhältnisses: Es wird demjenigen die Innehabung gewahrt und gewährt, bei dem die Bewegung der Güter zur Ruhe gekommen war und der darum als der "nächste dazu" erscheint ! Durch die Zuordnung (354) des Vermögensobjektes zum einzelnen Träger eines Vermögens ist dieses Objekt der fremden Verfügung anderer grundsätzlich entzogen. Es wird von der Rechtsordnung eine äußerliche

(353) Die Verknüpfung von Rechtssicherheit, Frieden und Ordnung ist ein allgemeines rechtsphilosophisches Problem. Vergl. dazu Radbruch, Rechtsphilosophie S. 181

(354) Der G r u n d der Zuordnung liegt im Wesen des Vermögens: Vermögen als Macht im wirtschaftlichen Sinne. Alles das, was der faktischen Macht und Disposition des Einzelnen unterliegt, gehört zum Vermögen dieser Person. Die damit gekennzeichnete Güterzuordnung entspringt dem Gedanken der Faktizität, die auf der allgemeinen Anerkennung der Macht im Recht beruht. So ist der Satz: "Es gibt kein gegen Betrug ungeschütztes Vermögen" nur ein Ausfluß dieses Gedankens !

Zustandsordnung geschaffen, die man als Friedensordnung zu begreifen hat und deren Funktionieren von der Voraussetzung abhängt, daß die dem Vermögensträger zugeordneten Güter generell der Einwirkung anderer entzogen sind. Insofern ist es immanentes Prinzip dieser Ordnung, daß sie einen exklusiven Individualbereich schafft, dessen Störung durch einen Täter friedensstörend wirkt. Jedes täterschaftliche Eindringen in den Zuordnungsbereich der Vermögensordnung läuft der Rechts- und Friedensordnung zuwider.

Die Kennzeichnung der Friedensstörung ergibt sich unmittelbar aus der Güterzuordnung selbst und nicht etwa aus dem ordnungsstörenden Verhalten des Täters, das im konkreten Fall jene Störung bewirkt. Darum liegt auch in der Änderung (Störung) der Zustandsordnung die Rechtswidrigkeit des Betruges begründet, und nicht im störenden Verhalten des Eingreifenden. Denn die Entscheidung über das Unwerturteil der Tat wird - um es aus dem Bereich des Subjektiven herauszuheben und zu objektivieren - ausschließlich durch die Verletzung der Güterzuordnung getroffen. In der Wertung, die der Zuordnung von Vermögensobjekten an ihren Träger zugrunde liegt, ist der Ausschluß Dritter an der Teilhabe dieser Zuordnungsobjekte bereits mit einbegriffen. Das Rechtswidrigkeitsurteil der Bereicherung in § 263 StGB kann daher vom Tatbestand des Eingriffs in einen geschützten Vermögenskreis gar nicht gelöst werden (354a).

Jeder Eingriff in eine fremde Rechtssphäre ist ein Akt objektiven Unrechts. Die Verletzung der Zustandsordnung indiziert die Rechtswidrigkeit der Bereicherung, nicht aber die mit der Schadenszufügung etwa verbundene Pflichtwidrigkeit der Handlung.

Wir sehen also: Allein der Mangel des Anspruchs kann die Rechtswidrigkeit der Bereicherung nicht begründen, es muß ein positives Element hinzukommen.

(354a) vergl. ebenso E. Bucher, Das subjektive Recht usw. S. 125 f

Der tragende Gedanke des Betrugstatbestandes ist die Verletzung der Friedensordnung in Gestalt der Vermögenszuordnung. Hierfür reicht nicht die Schädigung des Vermögensinhabers gegen Entlohnung aus; es muß sich vielmehr um einen *E i n g r i f f* in die äußerliche Vermögenszustandsordnung selbst handeln (=das positive Element der Rechtswidrigkeit). Mit anderen Worten: Nur die Bereicherung ist rechtswidrig =friedensstörend, die sich der Vermögensordnung zuwider vollzieht. Die Rechtswidrigkeit der Bereicherung wird nur unter dem Gesichtspunkt besonderer Rechtfertigungsgründe aufgehoben, die eine Störung der gegenwärtigen Zustandsordnung des Vermögens als zulässig erscheinen lassen.

4. Die betrugsrelevante Einwilligung als Unrechtsausschließungsgrund

Nun könnte man freilich dagegen einwenden, die Hergabe oder das Versprechen einer Belohnung für Fremdschädigung beruhe ja ebenfalls auf einer Vermögensverschiebung, die der Friedensordnung alias Vermögenszuordnung zuwiderlaufen kann: dann nämlich, wenn es sich um unsittliche oder sonstwie verbotene Geschäfte handelt, §§ 134, 138 BGB. Nehmen wir einmal an, die dem Täter versprochene Belohnung verstoße gegen die guten Sitten und sei daher nach § 138 Abs. I BGB nichtig. Dann hat nach der bekannten Formel der Rechtsprechung der Täter auf die Gewährung dieser Belohnung keinen Anspruch, sie müßte folglich rechtswidrig sein. Ich meine nun, es kommt auf die eventuell vorhandene Sittenwidrigkeit der Bereicherung gar nicht an. Denn die rechtswidrige Bereicherung in § 263 StGB ist eine spezifische Bereicherung mit einem spezifischen Grad der Rechtswidrigkeit, demgegenüber der Verstoß gegen die guten Sitten oder gegen rechtliche Verbote, §§ 134, 138 BGB, zwar auch rechtswidrig ist, gegenüber der Rechtswidrigkeit in § 263 StGB aber ein Weniger darstellt.

Die in § 263 StGB geforderte Rechtswidrigkeit ergibt sich aus der komplexen und funktionalen Struktur des Gesamtthatbestandes. Will man die Bedeutung der spezifischen Rechtswidrigkeit in § 263 voll erfassen und richtig würdigen, dann müssen wir noch einmal auf das oben Gesagte zurückkommen. Wir hatten den Betrug kennengelernt als eine Verletzung der Friedensordnung und gesagt, daß der Zustand des Friedens nicht nur von der objektiven Güterzuordnung abhängig gesehen werden kann, sondern ebenso von der Disposition und aus der subjektiven Sicht des Vermögens-trägers her (355). Die Einwilligung des Vermögensinhabers schließt eine Störung des Friedens grundsätzlich aus. Das heißt aber: Nicht nur die Güter als solche werden durch die Friedensordnung angesprochen, nicht nur die Güter als solche bestimmen die jeweilige Verletzung dieser Friedensordnung, sondern zugleich und im gleichen Maße der W i l l e des V e r m ö g e n s t r ä g e r s . Wir haben gesehen, daß die Güterzuordnung dem Inhaber einen Individualbereich zuerkannt hat, in dem zu disponieren dem Inhaber unter Ausschluß Dritter vorbehalten bleibt. Dieser Individualbereich zugunsten des Vermögensinhabers kann aber sinnvoll erfaßt und substantiiert werden nur aus der sozialen Funktion dieses Schutzbereiches. Die Funktion, die dem Schutzbereich in der Welt des Sozialen zukommt, ergibt sich aus dem sozialen und wirtschaftlichen, mitmenschlichen Zusammenleben der Rechtsgenossen.

Der Schutzbereich, durch den eine Intervention Dritter ausgeschlossen werden soll, ist zugleich der Impuls für den Geschützten, aus diesem Schutzbereich herauszukommen, indem er am wirtschaftlichen Verkehr des Güteraustausches teilnimmt.

Das Verlassen des Schutzbereiches durch den Geschützten hängt nun eng mit der Täuschung zusammen. Insoweit hat Schröder (356) allerdings Recht, wenn er zwischen den

(355) vergl. Stratenwerth, ZStW Bd.68 (1956), 45: " ... die Güter- oder Interessenverletzung a l l e i n begründet das Unrecht nicht".

(356) NJW 1962, 722

Tatbestandselementen der Täuschung und der Bereicherung einen funktionalen Zusammenhang hergestellt wissen will. Täuschung und Bereicherung müssen in einem bestimmten Relevanzverhältnis zueinander stehen, das den entstandenen Schaden mit einbezieht. Aufgrund derselben Täuschung muß der Täter seine Bereicherung durch die Verfügung des Geschädigten erreichen. Daß nur ein betrugsrelevanter Irrtum, der sich sowohl auf die Schädigung als auch auf die Vorteilserlangung beziehen muß, infrage kommt, ergibt sich einmal aus der Finalität der Täuschung. Die Täuschung ist das finale Element des Betruges, das sich sowohl auf die Schädigung als auch auf die Bereicherung bezieht. Kommt nun die erstrebte Bereicherung aus einem externen, dritten Vermögen, so fehlt es insoweit am finalen (oder - wie Schröder sagt - am funktionalen) Moment der betrugsrelevanten Täuschung: dieser Vermögensvorteil ist nicht final durch die Täuschung erreicht worden, sondern aufgrund kollusiven Zusammenwirkens des Täters mit dem Träger des Vermögens, aus dem die Bereicherung herrührt. Zum anderen spricht für diese Relevanz noch eine andere Erwägung. Verlangt wird in § 263 kein Vermögensvorteil schlechthin, sondern ein rechtswidriger Vermögensvorteil. Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils ist - positiv formuliert - dann ausgeschlossen, wenn dem Täter ein Anspruch auf die Vorteilserlangung zustand. Man muß jedoch noch einen Schritt weitergehen. Die Rechtswidrigkeit ist (als allgemeines Verbrechensmerkmal) stets dann ausgeschlossen, sobald der Inhaber des verletzten Rechtsgutes in die Verletzung einwilligt (357). Beim Betrug willigt das Opfer durch eine freiwillige

(357) h.M. vergl. Mezger, GS Bd. 89, 270; Schönke-Schröder Vorb. III 6 vor § 51, Kohlrausch-Lange Vorb. II 3 § 51; Stratenwerth, ZStW Bd. 68 (1956) S. 42 ff; Honig, Einwilligung des Verletzten, 112 ff; Traeger, GS Bd. 94 (1927), 112-176; Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe usw. S. 59 ff; Mezger, Lehrbuch AT S. 207; Welzel, Strafrecht S. 86.

Vermögensverfügung in seine Selbstschädigung ein, jedoch ist diese Einwilligung unbeachtlich, da sie durch Täuschung erschlichen wurde. Der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung des Verletzten kann hier nicht durchgreifen, da der Getäuschte infolge seines Irrtums und seiner dadurch bedingten Verkennung der wahren Bedeutung seines selbstschädigen Tuns absolut kein **I n t e r e s s e** an der Preisgabe seiner Vermögensposition haben kann (358). Leitet sich nun ein (externer) Vermögensvorteil von einem Dritten ab, etwa in Form einer Belohnung, so ist nicht ersichtlich, wieso dieser Vermögensvorteil rechtswidrig sein soll ! Entweder hat der Täter auf diesen Vorteil einen rechtlich anerkannten Anspruch (aufgrund eines zwischen ihm und dem Dritten abgeschlossenen Vertrages), oder im Falle der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes (§ 138 BGB) entfällt die allgemeine Rechtswidrigkeit durch Einwilligung, die hier **n i c h t** durch **T ä u s c h u n g** hervorgerufen wurde, sondern vom Dritten im vollen Verständnis ihres sozialen Sinnes erfolgte.

Selbst wenn dieser Einwilligung des externen Dritten ihre rechtfertigende Wirkung fehlen sollte, weil sie entweder selbst gegen die guten Sitten verstößt oder doch eine sittenwidrige Tat zu rechtfertigen bestimmt war (359), so erreicht die aufgrund der §§ 134, 138 BGB rechtswidrige Vermögensverschiebung nicht den Grad der Rechtswidrigkeit, wie diejenige Vermögensverschiebung, die durch Täuschung des Vermögensinhabers oder des

(358) Ebenso Mezger-Blei StBu I S. 109; Kohlrausch-Lange Vorbem. II 3 b vor § 51; Stratenwerth, ZStW Bd. 68, S. 45 Anm. 15; Traeger GS 94, 116, 159 ff zur Unrechtsausschließung der Einwilligung.

(359) auf diese Streitfrage soll hier nicht eingegangen werden !

Verfügenden erfolgte (360). Die - wenn auch sittenwidrige - Einwilligung des Dritten ist stärker und wirksamer als die durch Täuschung herbeigeführte, da s i e eindeutig auf dem Prinzip des mangelnden Interesses des Vermögensinhabers beruht. Die mit der Einwilligung des Externen gegebene Preisgabe seines rechtlich geschützten Interesses nimmt der Handlung (Vermögensverschiebung = Belohnung) ihre rechtsgutsverletzende Bedeutung auch dann, wenn sich diese Preisgabe des Rechtsschutzwillens in einer Sphäre abspielt, welche die Grenzen der Legalität überschritten hat; der § 817 Satz 2 BGB spricht m.E. eindeutig für dieses Ergebnis. Es kommt hier nicht so sehr auf eine abstrakte, dem konkreten Tatbestand in seiner konkreten Ausgestaltung entfremdete Rechtswidrigkeit an, sondern auf die konkrete Rechtswidrigkeit der Bereicherung in § 263 StGB. Die Hingabe einer Belohnung als Mittel der Anstiftung für verwerfliches Tun ist aber unter gar keinem Gesichtspunkt rechtswidrig, der daraus dem Täter erwachsene Vermögensvorteil ist kein rechtswidriger Vermögensvorteil i.S. des § 263 StGB. Die Täuschung wirkt sich - das ergibt sich aus dem eben Gesagten mit Deutlichkeit -

(360) Vergl. auch Noll, Übergesetzl. Notstand usw. S.73: "Auch die sittenwidrige Einwilligung bzw. die Einwilligung in die sittenwidrige Tat kann zur Folge haben, daß die Tat zwar nicht rechtmäßig wird, aber doch die zur Strafbarkeit erforderliche Schwere des Unrechts verliert". Nach Noll (a.a.O.) beseitigt die sittenwidrige Einwilligung bei Vermögensdelikten die Rechtswidrigkeit vollständig, bzw. sie beseitigt das Unrecht nur zum Teil, jedoch soweit, daß die Handlung zwar rechtswidrig bleibt, aber nicht mehr das zur Strafbarkeit erforderliche Unrechtsminimum erreicht. Dieser allgemeine Gedanke wird bei Noll jedoch nicht konkretisiert, so daß er weitgehend im abstrakten Raum bleibt.

also auf die erteilte Einwilligung des Verletzten im Falle der i n t e r n e n Vorteilserlangung so aus, daß sie ihr die rechtfertigende Wirkung nimmt. Die Einwilligung wird damit rechtlich irrelevant, die Täuschung erhält rechtliche Relevanz. In Fällen eines e x t e r n e n Vorteils (Belohnung) ist es genau umgekehrt: da es an einer betrugsrelevanten Täuschung des Dritten fehlt, ist die Einwilligung des Dritten rechtlich durchaus relevant. Der betrugsrelevante Irrtum muß sich also, wie bereits gesagt, sowohl auf die Vermögensschädigung als auch auf die in Aussicht genommene Vorteilserlangung final beziehen. Ein ohne diese Täuschung erlangter Vermögensvorteil hat aus der Betrachtung auszuscheiden.

§ 10 Zusammenfassung

Aus den bisherigen Erörterungen zum Problem der Stoffgleichheit hat sich ergeben, daß zwei in der Literatur vertretene Formulierungen des Phänomens der Stoffgleichheit aufgrund einer sinnverstehenden Interpretation des Betrugsstatbestandes aus der Betrachtung vollkommen auszuschneiden haben : Die Formeln nämlich von der Identität der Objekte und von der Wechselbeziehung zwischen Vorteil und Nachteil. Auf der anderen Seite muß zwischen den beiden Elementen des Betruges: Vor- und Nachteil eine irgendwie geartete Beziehung bestehen; die mittelbare Schädigung gegen eine entsprechende Entlohnung ist nicht Betrug i.S. der Vorschrift des § 263 StGB. Damit werden wir zwangsläufig zu den restlichen Formulierungen der Stoffgleichheit geführt. Der Vermögensvorteil muß auf Kosten des Geschädigten erlangt sein, der Vorteil muß aus dem Vermögen des Geschädigten stammen, zwischen irrtumserregender Täuschungshandlung und Erfolg (Bereicherung) muß eine Handlung des zunächst Angegriffenen treten, und zwar eine diesen Erfolg direkt und unmittelbar vermittelnde, so daß es keines weiteren verbrecherischen Aktes von seiten des Täters zu dessen Realisierung mehr bedarf.

Dabei können wir jetzt sagen, daß der Betrüger sich niemals "auf Kosten" eines externen, dritten Vermögenskreises und damit eines externen, dritten Vermögensträgers bereichern kann. Dieser Fall wurde ja gerade von uns ausgeschlossen. Der Entreicherungs- und Bereicherungsvorgang, also die Wertverschiebung, spielen sich ausschließlich zwischen den am Betrug selbst beteiligten Personen ab: zwischen Betrüger und Betrogenem, wobei der letzte sowohl der Getäuschte (Verfügende) als auch ein dritter Geschädigter sein kann (Fall der Drittwirkung). Wenn diese so gekennzeichnete Wertverschiebung demnach ein betrugsinterner

Vorgang ist, wobei die Vermögenswertverschiebung durch eine Zuwendung (Leistung) des Getäuschten an den Täter (oder an einen Dritten) bewirkt wird, der Täter (Dritte) also "etwas erlangt", was er ohne die Täuschung i.d.R. nicht erlangt hätte, so ist klar, daß diese Zuwendung an den Täter (Dritten) das Wesen der Stoffgleichheit bestimmen muß. Denn da die Wertverschiebung sich ausschließlich zwischen den am Betrug beteiligten Personen abspielt (betrugsintern wirkt), kann man mit Fug den Satz aufstellen: Die Bereicherung des Täters (Dritten) muß erlangt sein a u f K o s t e n eines anderen; da dieser "andere" kein Externer, kein Außenstehender sein kann, muß die Bereicherung des Täters erlangt sein auf Kosten des Getäuschten (Verfügenden) oder des Geschädigten. Das Erlangen des Vorteils durch den Täter (Dritten) k o s t e t die anderen Parteien des Betrugstatbestandes etwas: Der Vorteil des Täters (Dritten) verursacht bei ihnen einen Nachteil oder wird durch einen solchen verursacht.

Wenn wir also den Satz aufstellen: der Vorteil des Täters oder des Dritten wird auf Kosten des Verfügenden oder des Geschädigten (sofern dieser mit dem Verfügenden nicht identisch ist !) erlangt, so ist klar, daß zwischen Vorteil und Nachteil eine funktionale Wechselbeziehung herrschen muß, die aber gleichzeitig eine genetische Wechselbeziehung ist: Der Vorteil des einen muß aus dem Nachteil des anderen oder umgekehrt dieser aus jenem folgen. Dabei brauchen Vor- und Nachteil nicht objektiv identisch miteinander zu sein; es besteht nicht notwendig eine quantitative oder qualitative Gleichheit beider Größen. Der Satz, wonach der Vorteil des einen aus dem Nachteil des anderen und umgekehrt dieser aus jenem folgen muß, bedarf noch einer weiteren Präzisierung. Meistens erfolgt die Bereicherung auch aus dem V e r m ö g e n des Geschädigten. Notwendig ist das

aber nicht !, wie die Fälle der von uns genannten "Drittwirkung" der Vermögensverfügung zeigen. Die Ausdrücke "auf Kosten" und "der Vorteil des einen muß aus dem Nachteil des anderen folgen" umfassen auch die Fälle, in denen das vom Täter oder Dritten Erlangte noch nicht zum Vermögen des Geschädigten gehörte, aber von ihm ohne den die Vermögensverschiebung bewirkenden Umstand mit Sicherheit erworben wäre (dem Geschädigten daher auch eine "Anwartschaft" auf Erwerb dieses Gegenstandes zustand).

Vorteil und Nachteil stehen zueinander im Verhältnis einer genetischen Wechselbeziehung. Diese gesetzmäßige Beziehung beider Größen muß jedoch noch eingehender untersucht werden. Dabei gehen wir von der bislang gefundenen Formel aus: der Vorteil muß auf Kosten des geschädigten Vermögens hergeleitet werden. Wenn wir weiter berücksichtigen, daß sich die Vermögensverschiebung ausschließlich, d.h. unter Ausschluß anderer Personen, zwischen den Parteien des Betruges in ihrer jeweiligen Konstellation abspielen muß, so liegt die Annahme und Schlußfolgerung nicht fern, daß aus dem Erfordernis des Merkmals "auf Kosten" entnommen werden kann, daß sich die Verschiebung unmittelbar zwischen den Parteien vollziehen muß. Das Wesen der Stoffgleichheit läge dann also im sog. Unmittelbarkeitsprinzip. Die Bedeutung dieses Vorgangs erklärt sich aus der Bedeutung des Wortes "unmittelbar": ohne Vermittlung, vielmehr ursprünglich und unabgeleitet. Wenn Vermögenswerte aber unabgeleitet und ohne Vermittlung Dritter (Personen oder Vermögensmassen) übertragen (verschoben) werden, so kann das Unmittelbarkeitsprinzip als die Form der Stoffgleichheit nur lauten: Die Vermögensverschiebung darf nicht auf dem Umweg über ein fremdes Vermögen durch einen selbständigen Akt des Täters oder eines Dritten erlangt werden, vielmehr muß ein und derselbe Umstand auf der einen Seite einen Gewinn (Vermögensvorteil) und auf der anderen Seite einen Verlust (Vermögensnachteil) bewirken. Das Unmittelbarkeitsprinzip bedeutet also nicht, daß der Betrogene die Zuwendung (Leistungshandlung) - rein

äußerlich betrachtet - eigenhändig vollzogen haben oder der Betrüger sie selbst angenommen haben muß. Das Prinzip der Unmittelbarkeit ist vielmehr zu verstehen im Sinne der Einheit des den Vorteil und Nachteil begründenden Umstandes und nicht im Sinne einer direkten (unmittelbaren) Leistung im Sinne einer Identität der leistenden und empfangenden Personen mit dem Betrogenen und dem Betrüger. Im wahrsten Sinne des Wortes muß der Vorteil a u s dem Vermögen des Geschädigten stammen (361) (ausgenommen natürlich die Fälle der "Drittwirkung"), also nicht unter Einschaltung (Vermittlung) dritter Vermögensmassen. Der Ursprung des Vorteils muß das geschädigte Vermögen sein.

Auf der Grundlage der hier entwickelten Lösung ließe sich der Betrugstatbestand de lege ferenda etwa wie folgt fassen :

Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten auf Kosten eines anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, einen anderen dadurch zu einer Vermögensverfügung bestimmt, daß er in diesem durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird wegen Betruges ... bestraft.

Innerhalb dieser hier soeben entwickelten Tatbestandserfassung k ö n n e n vier handelnde oder doch zumindest beteiligte Personen "auftreten", nämlich

1.) der Täter (T),
2.) der Dritte (D), zugunsten dessen der Täter (T) handelt und dem der Vermögensvorteil zufließt,
3.) der durch den Täter (T) getäuschte und dadurch zu einer Vermögensverfügung veranlaßte Andere (A₁),

4.) Der Andere (A_2), auf dessen Kosten sich entweder der Täter (T) oder der Dritte (D) bereichert (die Fälle der Drittwirkung der Vermögensverfügung des A_1).

Zusammenfassend würde sich der Strukturaufbau des Betrugstatbestandes schematisch etwa so darstellen lassen:



(361) vergl. Bockelmann, Mezger-Festschrift (1954) S. 382

§ 11 Überschauende Betrachtung

Es war die Absicht dieser Untersuchung, dem Rechtsbegriff der Stoffgleichheit durch Herausschälen seines materiellen Inhalts den ihm zukommenden Platz im System unserer Vermögensdelikte, insbesondere aber im Tatbestand des Betruges, zuzuweisen. Das hat sich als möglich erwiesen, sofern man nur bereit ist, den Vermögensbegriff nicht wie bisher statisch, sondern dynamisch zu sehen, indem man in ihn das Moment der Veränderung und Neubildung vermögensrechtlicher Positionen und Beziehungen hineinträgt (361a). Dies hat sich beispielsweise bei der "Drittwirkung" der Vermögensverschiebung in den Fällen der Verletzung einer an der verschobenen Sache bestehenden Anwartschaft sowie in den Fällen der Verursachung eines nur mittelbaren Schadens beim Getäuschten bzw. Geschädigten gezeigt. Die angeführten Beispiele und Gerichtsentscheidungen zeigen, daß man auf dem Boden der heute herrschenden Lehre - wenn sich diese auch leider nicht so konkret gibt, wie sie hier dargestellt wurde, so daß in der Literatur Anlaß zu mancherlei Zweifel aufgekommen ist (362) - zu klaren und reinlichen Ergebnissen kommen kann, wenn man gleichzeitig bereit ist, den Schadensbegriff vernünftig zu umgrenzen.

(361a) Gegen diese objektiv-teleologische Auslegungsmethode nimmt Naucke, (Lehre vom Betrug, S.214 und passim) Stellung. Naucke will den gesamten Betrugstatbestand im Lichte der Erkenntnis von Ad. Merkel und Binding sehen (a.a.O. S. 215)

(362) vergl. jetzt Naucke, Die Lehre vom strafbaren Betrug, passim.

Ist Klarheit über den Begriff der Stoffgleichheit geschaffen, so läßt sich auch die Fülle der bisher jeweils für sich behandelten Einzelfragen einheitlich beantworten.

Es kann hier nicht der Ort sein, alle Teilergebnisse und Beweisführungen noch einmal aufzuzeigen. Es mag dem Leser aber vielleicht dienlich sein, wenn wir das Bild, das hier von der Stoffgleichheit beim Betrüge gezeichnet wurde, noch einmal schablonenhaft nachskizzieren, nachdem die Gesamtproblematik in den Vordergrund gestellt wurde. Hierbei ergibt sich, daß die sogenannte Stoff- oder Substanzgleichheit ihren Namen zu Unrecht trägt. Die funktionale und genetische Beziehung, um die es bei der Bestimmung der Stoffgleichheit geht, zwischen den beiden Größen Vermögensvorteil und Vermögensnachteil lagert nicht in einer materiellen Identität oder Gleichheit zwischen ihnen. Die Stoffgleichheit wird auch nicht durch das Erfordernis der "Wechselbeziehung" zwischen Vorteil und Nachteil gekennzeichnet und erklärt. Es ist vielmehr das Prinzip der Unmittelbarkeit im Sinne der Einheitlichkeit des Bereicherungsvorganges unter Ausschluß mittelbarer Vermögensverschiebungen, welches das Phänomen der Stoffgleichheit ausmacht. Der Vorteil des einen muß sich aus dem Nachteil (nicht notwendig Vermögen !) des anderen ableiten und umgekehrt muß dieser aus jenem folgen. Der Vorteil muß daher auf Kosten des Geschädigten erlangt sein. Daher hat auch eine nur funktionale oder kausale Deutung des Verhältnisses von Vorteil und Nachteil auszuschneiden: Eine aufgrund einer Täuschung veranlaßte Selbstschädigung gegen entsprechende Entlohnung des Täters von dritter Seite ist kein Betrug, obgleich in diesem Fall rein äußerlich (und innerlich) sämtliche Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes (§ 263 StGB) vorliegen. Eine sinnerfüllende, die normativ-teleologischen Wertungen mitumfassende Interpretation des Betrugstatbestandes läßt hier Betrug ausscheiden.

Hier wird eine bedeutsame Einschränkung der "Stoffgleichheit" sichtbar: Sie wird nicht mehr substantiell-identisch gesehen, sondern als wirtschaftliche Bezugsgröße. Die Substanzgleichheit wird aus statisch-ontologischen Bereichen (Identität, Kausalität) herausgeführt, um ihren Sitz in wirtschaftlich-dynamischen Funktionszusammenhängen einzunehmen. Mit der Formel von der Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung hebt sich die Stoffgleichheit aus dem rein Ontischen, d.h. hier aus dem sowohl rein Kausalen als auch dem Zusammenhang des Stofflich-Identischen, heraus und wird hineingeführt in einen Sinnsetzungszusammenhang. Diese gesetzte Sinneinheit dürfte ihren Sitz in der Finalität der Bereicherungsabsicht haben. Bei ihr handelt es sich um ein finales und intentionales Element (363), das auf einen weiteren, vom Täter als Endzweck angestrebten Erfolg abzielt (364). Daraus folgt, daß das gesamte Geschehen, welches der Täter des Betruges in Gang gesetzt hat und für das er haftet, eine gesetzte Sinneinheit ist, die sich durch das Moment der Intentionalität vom rein kausalen Geschehen abhebt. Der ganze vorgestellte Handlungsablauf ist eingebettet in eine teleologische Sinneinheit, in der auch der Begriff der Identität ein Fremdkörper ist; er kann niemals Komponente dieses intentionalen Sinnsetzungszusammenhanges sein.

So ist denn die Findung der Stoffgleichheit ein Problem der Interpretation, und die gefundene Stoffgleichheit hat ihren Platz zwischen den Extremen eingenommen : in der Mitte liegt das gelöste Problem.

(363) vergl. Gallas, ZStW Bd. 67, S. 36 f

(364) Das finale Element braucht nicht immer Endzweck des täterschaftlichen Handelns zu sein, es genügt auch der Zwischenzweck, wie BGHSt 16, 1 ff ("Sechserkarten-Fall") zeigt.

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

- Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930
- Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906
- Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Auflage 1898
- Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Zweiter Band: Schuld, Vorsatz, Irrtum. 2. Aufl. 1914
- Binding, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Erster Band. 2 Auflage 1902
- Bockelmann, Der Unrechtsgehalt des Betruges, in: Probleme der Strafrechtserneuerung (Festschrift für Kohlrausch), 1944, S. 226 ff
- Bockelmann, Besprechung von Maurach, Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. 2. Auflage 1956, in: ZStW Bd. 69 (1957), S. 270 - 277
- Bockelmann, Wandlungen in der Betrugsrechtsprechung des RG, in: DR 1942, S. 1112 - 1115
- Bockelmann, Betrug verübt durch Schweigen, in : Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, S. 437 - 458
- Bockelmann, Die Behandlung unvollkommener Verbindlichkeiten im Vermögensstrafrecht, in: Festschrift für Mezger, 1954, S. 363 - 382
- Bockelmann, Anmerkung zu dem Urteil BGHSt 12, 299, in : JZ 1959, S. 495 - 499
- Bode, Zum Vermögensschaden beim Erschleichen der Zuteilung von Volkswagen-Aktien, in: NJW 1963, S. 238 - 239
- Borst, Der zukünftige Betrugsbegriff. Eine Kritik zur Rechtsprechung des RG und zugleich ein Beitrag zur Reform, in: JW 1935, S. 1221 - 1226
- Bucher, Eugen, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis. Tübingen 1965

- Busch, Die systematische Behandlung der sog. Vermögensdelikte im kommenden Strafrecht, in: ZStW Bd. 56 (1936), S. 676 - 708
- Capelle, Handelsrecht. Ein Studienbuch, 7. Aufl. 1959
- Carnap, Rud., Der logische Aufbau der Welt. 2. Aufl. 1961
- Class, Generalklauseln im Strafrecht, in: Festschrift für Eb. Schmidt 1961, S. 122 - 138
- Dahm, Der Tätertyp im Strafrecht, 1940
- Dahm, Betrug in: Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, Bd. II, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1936, S. 458 - 473
- Dalcke - Fuhrmann - Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren. 37. Auflage 1961
- Eckstein, Streitfragen aus der Lehre vom strafbaren und straflosen Betrüge, in: GA Bd. 58 (1911), S. 66 - 88, 338 - 353
- Eckstein, Strafrechtliche Studien, in: GS Bd. 78 (1911), S. 137 - 208
- Engelhard, Betrug durch Vorspiegelung gesetzwidriger oder unsittlicher Gegenleistungen, in: ZStW Bd. 33 (1912), 133 - 145
- Engisch, Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, in: Festschrift für Helmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, S. 247 - 270
- Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart. Berlin 1963
- Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931
- Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung. 3. Aufl. 1963
- Engisch, Einführung in das juristische Denken. Urban-Bücher Nr. 20, Stuttgart 1956
- Engisch, Aufgaben einer Logik und Methodik des juristischen Denkens, in: Studium Generale 1959, S. 76 - 87

- Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch. Zweiter Halbband, 15. Aufl. 1960
- Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten von 1847, Berlin 1847
- Eser, Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als Betrugsschaden, in : GA 1962, S. 289 - 303
- Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931
- Franzheim, Zur Strafbarkeit des Komplizen- und Dirnenbetruges - Ein Beitrag zum Begriff des Vermögensschadens, in: GA 1960, S. 269 - 277
- Freisler, Ein Reich - Ein Recht ! Gedanken zur Verschmelzung des ostmärkischdeutschen und altreichsdeutschen Strafrechts, in: DJ 1941, S. 478 - 496
- Gallas, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, in: Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft (Gleispach-Festschrift), 1936, S. 50 - 69
- Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, in: ZStW Bd. 67 (1955) S. 1 - 47
- Gallas, Der Betrug als Vermögensdelikt, in: Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, S. 401 - 436
- Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. 1. Aufl. 1922
- Grünhut, Zur Lehre vom Prozeßbetrug, in: RheinZ für Zivilprozeß, Bd. 13, S. 127
- Grünhut, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Interessen, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. V (1929), S. 116 ff
- Grünhut, Anmerkung zu RGSt 64, 433 ff, in: JW 1931, 1191
- Grünhut, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, in: Frank-Festgabe (1930) Bd. I, S.1 - 32
- Gutmann, Der Vermögensschaden beim Betrug im Licht der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: MDR 1963, S. 3 - 8, 91 - 96
- Hafer, Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechts, Bd. II Besonderer Teil, erste Hälfte, 1937

- Hardwig, Beiträge zur Lehre vom Betrüge, in: GA 1956, S. 6 ff
- Hegler, Anmerkung zu RGSt 57, 370, in: JW 1925, 1499 zu Nr. 12
- Hegler, Die Systematik der Vermögensdelikte, in: Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. IX (1915/16), S. 153 - 162, 278 - 288, 369 - 392; Bd. X (1916/17), S. 26 - 40, 151 - 160
- Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffes, in: Festgabe für Reinhard v. Frank, 1930, S. 251 - 338 (Bd. I)
- Hegler, Betrug, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil Bd. VII, (1907), S. 405 ff.
- Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, in: ZStW Bd. 36 (1915), S. 19 - 44, 184 - 232
- Heyde, Joh. Erich, Entwertung der Kausalität ? Für und wider den Positivismus. Urban-Bücher Nr. 27, Stuttgart 1957
- v. Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, 1932
- Hirschberg, Der Vermögensbegriff im Strafrecht, 1934
- Honig, Die Einwilligung des Verletzten, 1919
- Jehle, Der rechtswidrige Vermögensvorteil bei Erpressung und Betrug. Diss. Erlangen 1905
- Kempermann, Wesen und Unrechtsgehalt des Betruges, in: ZStW Bd. 57 (1938), S. 126 - 157
- Kohlrausch, Vermögensverbrechen im Wandel der Rechtsprechung und der Gesetzgebung, in: Beiträge zum Recht des Neuen Deutschland (Festschrift für Schlegelberger), 1936, S. 203 - 223
- Kohlrausch - Lange, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen. 43. Aufl. 1961
- Krüger, Herbert, Allgemeine Staatslehre, 1964
- Lange, Besprechung von Welzel, Um die finale Handlungslehre, in: ZStW Bd. 63 (1951), S. 477 - 484
- Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. II, 6/7. Aufl. 1951, 8. Aufl. 1958

- v. Liszt, Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und
in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft, in:
ZStW Bd. 8 (1888), S. 133 - 156
- v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.
25. Aufl. 1927
- Maihofer, Recht und Sein, 1954
- Maihofer, Zur Systematik der Fahrlässigkeit, in:
ZStW Bd. 70 (1958), S. 159 - 195
- Maurach, Die strafrechtliche Beurteilung des unberechtigten
Erwerbs von Volkswagenaktien, in: NJW 1961, S. 625-630
- Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl. 1964
- Mayer, Hellmuth, Strafrechtsreform heute und Morgen, 1962
- Mayer, Hellmuth, Die Untreue nach der Strafgesetznovelle vom
26. Mai 1933 in ihren Beziehungen zum Handelsrecht,
in: ZBHR Bd. VIII (1933), S. 146 - 149
- Mayer, M.E., Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903 = Straf-
rechtliche Abhandlungen Bd. 50
- Mayer, M.E., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts,
1915 (= 2. Aufl. 1923)
- Merkel, Adolf, Kriminalistische Abhandlungen Bd. II, 1867,
der strafbare Betrug
- Merkel, Adolf, Der Betrug, in: Handbuch des deutschen Straf-
rechts in Einzelbeiträgen, herausgegeben von Holzen-
dorf (=HH). Bd. III S. 750 ff, Bd. IV S. 432 ff
- Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1922
- Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, in: GS Bd. 89
(1924), S. 207 - 314
- Mezger, Strafrecht II. Besonderer Teil. Ein Studienbuch,
7. Aufl. 1960
- Mezger, Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze, in: ZStW
Bd. 42 (1921), S. 348 - 383
- Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch. 3. Aufl. 1949
- Mezger, Anmerkung zu RGSt 73, 382, in: DR 1940, S. 286

- Mezger, Der Sinn der strafrechtlichen Tatbestände. Festschrift für Ludwig Traeger, 1926. Als Sonderdruck erschienen.
- Mezger, Anmerkung zu der Entscheidung OLG Oldenburg vom 5. 12. 1950 - Ss 120/50 -, in: JZ 1951, S. 341
- Mezger, Vermögensberechnung bei Sachwucher und Betrug, in: JW 1937, S. 1289 - 1293
- Mezger-Blei, Strafrecht I, Ein Studienbuch, Allgemeiner Teil. 10. Aufl. 1963
- Mittelbach, Anmerkung zu der Entscheidung BGHSt 15, 83 in: JR 1961, S. 94
- Mittermaier, Anmerkung zu dem Urteil des RG vom 11. Dez. 1923 - 4 D 727/23 -, in: 1924, 1877 zu Nr. 5
- Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten und den damit verbundenen Gesetzen vom Jahre 1847, Berlin 1847
- Müller, Max Ludwig, Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs, 1912
- Müller, Der widerrechtliche Bezug von Volkswagenaktien in: DRiZ 1963, S. 55 - 58
- Naucke, Zur Lehre vom strafbaren Betrug. Ein Beitrag zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Kriminologie. 1964
- Niethammer, Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts. 1950
- Noll, Diskussionsvotum auf der Strafrechtslehrertagung vom 21. bis 23. Mai 1964 in Hamburg, in: ZStW Bd. 76 (1964), S. 707 - 716
- Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, im besonderen die Einwilligung des Verletzten. 1955
- Oehler, Liegt beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten ein Vermögensschaden im Rahmen des Betruges vor ?, in: GA 1956, S. 161 ff
- v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Zweiter Band, 11. Auflage 1927
- Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens, 1894
- Oppenhoff - Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Auflage 1901

- Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1857
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch mit Gleichberechtigungsgesetz. Bearbeitet von B. Danckelmann u.a.
24. Auflage 1965
- Peltzer, Zur Stoffgleichheit beim Betrug, in: NJW 1960,
1562
- Pfänder, Logik, 2. Auflage 1929
- Plassmann, Bündnisverträge gegen den Wettbewerb, in:
JZ 1964, S. 670 - 674
- Pröll, Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils beim strafbaren Betrüge, in: Festschrift für Josef Kohler,
GA Bd. 67 (1919), S. 109 - 132
- Rabel, das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Band 1, Neudruck 1957
- Radbruch, Erfolgshaftung, in: VDA Bd. II (1908), S. 227 - 253
- Radbruch, Rechtsphilosophie. Herausgegeben von Erik Wolf.
6. Aufl. 1963
- Raiser, Verwendungsansprüche des Werkunternehmers, in: JZ
1958, S. 681 ff
- Raiser, Dingliche Anwartschaften, 1961
- Raiser, Th., Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm, in: JZ 1963, S. 462 - 466
- Reichel, Die Maklerprovision, 1913
- Rommel, Der Betrug. Strafrechtliche Studie. 1894
- Rotering, Zeit- und Streitfragen, in: GA Bd. 47 (1900), S. 407ff
- Rotering, Betrug, Willenserschleichung, Willensumgehung, in:
GS Bd. 60 (1902), S. 241 - 283
- Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft. 1963
- Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1879
- Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
4. Aufl. 1892
- Sarstedt, Anmerkung zu der Entscheidung BGHSt 6, 115, in:
LM Nr. 31 zu § 263 StGB

- Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1921
- Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre. 3. Auflage 1955
- Sauer, System des Strafrechts. Besonderer Teil, 1954
- Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I 1840
- Schäfer, Das betrügerische Erlangen von VW-Aktien, in:
Kriminalistik 1962, S. 385 - 389
- Schäfer und Seyler, Betrügerisches Erlangen von VW-Aktien,
in: GA 1963, S. 338 - 344
- Schaffstein, das Verbrechen als Pflichtverletzung, in:
Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935,
S. 108 - 142
- Schaffstein, Zur Problematik der teleologischen Begriffs-
bildung im Strafrecht, in : Festschrift der Leip-
ziger Juristenfakultät für Richard Schmidt, 1936,
S. 47 - 77
- Schlegelberger, Handelsgesetzbuch. Erläutert von Geßler,
Hefermehl, Hildebrandt und Schröder. 4. Aufl. 1960,
Bd. I
- Schmidhäuser, Von den zwei Rechtsordnungen im staatlichen
Gemeinwesen. Ein Beitrag zur Allgemeinen Rechtstheo-
rie 1964
- Schmidt, Eb., Literaturbesprechung, in: JZ 1952, S. 542
- Schmidt, Eb., Die Sache der Justiz. Justizrechtliche Grund-
sätze und ihre Konsequenzen im prozessualen und mate-
riellen Recht. Kleine Vandenhoeck-Reihe Nr. 118/119,
Göttingen 1961
- Schmidt, Richard, Grundriß des deutschen Strafrechts. 2.
Auflage 1931
- Schmidt-Rimpler, Der Handlungsagent, in: Ehrenbergs Hand-
buch des gesamten Handelsrechts, 1928, Bd. V Abtei-
lung 1, erste Hälfte S. 1 - 320
- Schönfeld, Interessenverletzung und Betrugsschaden, in:
JZ 1964, S. 206 ff
- Schönke-Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 9. Auflage
1959, 12. Auflage 1965

- Schröder, Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung, in: ZStW Bd. 60 (1941), S. 33 - 114
- Schröder, Anmerkung zu der Entscheidung BGHSt 18, 317, in: JR 1963, S. 349
- Schröder, Anmerkung zu der Entscheidung des OLG Hamburg vom 6. 6. 1962 - Ss 355/61 -, in: JR 1962, S. 430
- Schröder, Grenzen des Vermögensschadens beim Betrug, in: NJW 1962, S. 721 - 722
- Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1874
- Schröder, Anmerkung zu der Entscheidung BGHSt 19, 206, in: JZ 1964, S. 467
- Schwander, Vermögen, Vermögensbeschädigung, Bereicherung, in: SchZStr Bd. 78 (1962), S. 334 - 360
- Schwarz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1914
- Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen. 26. Aufl. 1964
- v. Schwarze, Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 31. Mai 1871. Leipzig 1871
- Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre. Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 14, 1930
- Seibert, Zum fahrlässigen Betrug, in: NJW 1956, S. 1466 - 1467
- Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, in: ZStW Bd. 68 (1956), S. 41 - 70
- Stratenwerth, Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht, in: SchZStr Bd. 79 (1963), S. 233 - 256
- Thomsen, Das Deutsche Strafrecht, Vorlesungen. 2. Band : Bes. Teil 1907.
- Traeger, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschließungsgründe im zukünftigen Strafrecht, in: GS Bd. 94 (1927), S. 112 - 176
- Votum zu der Entscheidung RGSt 16, S. 1 ff , in: GS Bd. 43 (1890), S. 321 - 443
- Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1914

- Welzel, Studien zum System des Strafrechts, in: ZStW Bd.58 (1939), S. 491 - 566
- Welzel, Das deutsche Strafrecht, 9. Auflage 1965
- Welzel, Die Vorteilsabsicht beim Betrug, in: NJW 1962, S. 20
- Wieacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB. Recht und Staat Heft 193/194, Tübingen 1956
- Wolf, Erik, Der Sachbegriff im Strafrecht, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Band V, 1929, S. 44 - 71
- Wolff-Raiser, Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 10. Auflage 1957
- Würdinger, Kommentar zum HGB. Früher herausgegeben von den Mitgliedern des Reichsgerichts. Erster Band (§§ 1 - 104 HGB), bearbeitet von Würdinger. Zweite Auflage 1953
- Würtenberger, Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, 2. Auflage 1959
- Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems. 1930

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 27. April 1937 als Sohn des kaufmännischen Angestellten Alfred Mohrbotter und seiner Ehefrau Lieselotte, geb. Vietig, in Hamburg geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach Beendigung der vierjährigen Volksschule in Celle besuchte ich das dortige Gymnasium "Ernestinum" für zwei Jahre, um im Anschluß daran in Hamburg das Heinrich-Hertz-Gymnasium zu besuchen. Dort bestand ich am 24. Februar 1956 das Abitur. Ich absolvierte dann bei den Phoenix-Gummiwerken in Hamburg-Harburg die kaufmännische Lehre und bestand am 30. September 1958 die Kaufmannsgehilfenprüfung vor der Industrie- und Handelskammer Hamburg mit "sehr gut". Daraufhin studierte ich in Hamburg acht Semester Rechtswissenschaft und bestand die erste juristische Staatsprüfung am 22. April 1963 vor dem Justizprüfungsamt am Hanseatischen Oberlandesgericht mit der Note "vollbefriedigend". Vom 1. Juni 1963 bis zum 30. September 1965 war ich wissenschaftliche Hilfskraft bei Herrn Professor Dr. Roxin an der Georg-August-Universität zu Göttingen. Am 21. Mai 1964 wurde ich durch die Freie und Hansestadt Hamburg zum Referendar ernannt. Gegenwärtig bin ich bei dem Arbeitsgericht in Göttingen tätig.

